Die dingliche Klage des deutschen Rechts.

Geschichtlich und für den heutigen Gebrauch dargestellt.

Von

Dr. Berthold Delbrück,
Kreisrichter zu Bergen auf Rügen.

Leipzig,
Druck und Verlag von Breitkopf und Härtel.
1857.

Die dingliche Klage des deutschen Rechts.

Geschichtlich und für den heutigen Gebrauch dargestellt.

Von

Dr. Berthold Delbrück,

Kreisrichter zu Bergen auf Rügen.

Leipzig,

Druck und Verlag von Breitkopf und Härtel.

1857.

([illegible]) [illegible] Jahrb. hg. v. Bekker u. Muther Bd 2 S. 413

Nr XIII S. 443 ff — S. 472 folg: bei den Glossatoren [illegible] [illegible] [illegible] Sache [illegible] [illegible] doppelt [illegible] [illegible] interd. utile [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] zu finden
2) cap. 9 X de praeb. u 3) der Gloss. [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] angewendet
4) Bruns [illegible] ältesten Besitz [illegible] [illegible] possessorium ordinarium Jahrb. [illegible] [illegible] v. Bekker u. Muther IV, 1 ff.

Recensionen des Buchs: Heidelb. Jahrb. 12, 13.
Münchener Krit. Überschau VI, 2.
Schletter's Jahrbücher Bd V (1859) S. 228
Brinz im Jahrb. v. Bekker u. Muther Bd 4 1860 S. 1 ff

Verwandte Litteratur

Prof. Wilhelm Deurer in Giessen. Über die Schutz der relativen Rechte [illegible] [illegible] [illegible] (in d. Jahrbüchern für die Dogmatik des heut. röm. u. d. Privatrechts v. Gerber u. Jhering Bd I S. 221 ff Num. V)

Roman law

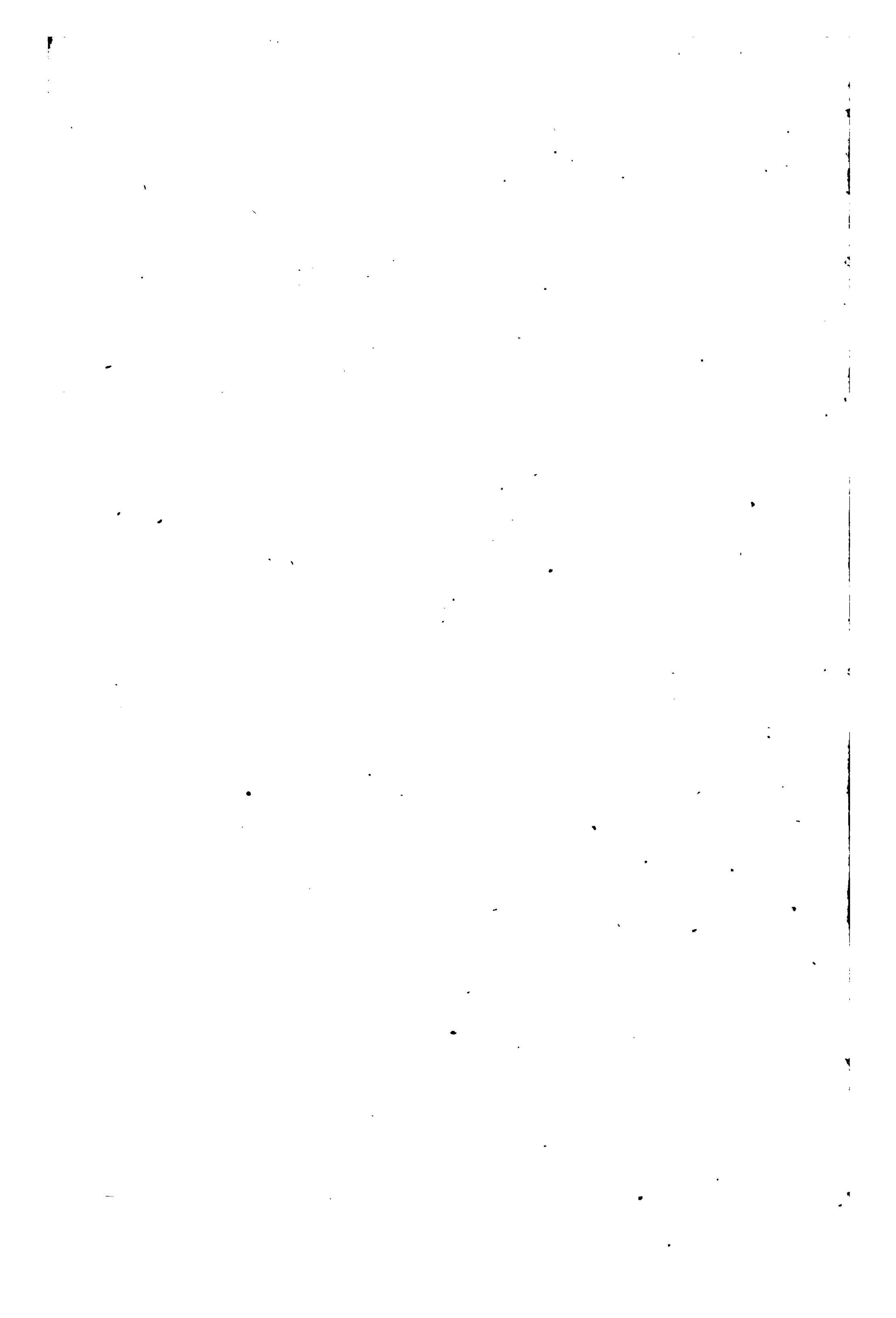
Die dingliche Klage des deutschen Rechts.

Geschichtlich und für den heutigen Gebrauch dargestellt.

Von

Dr. Berthold Delbrück,
Kreisrichter zu Bergen auf Rügen.

Leipzig,
Druck und Verlag von Breitkopf und Härtel.
1857.



Herrn

Professor Dr. Bernhard Windscheid

in Dankbarkeit und Freundschaft

gewidmet.

Vorrede.

Da der Titel dieser Schrift zu der Meinung Anlaß geben könnte, daß dieselbe ausschließlich germanistischen Inhalts sei, so halte ich es für angemessen, vorweg darauf hinzuweisen, daß die hier behandelte dingliche Klage des deutschen Rechts, welche allerdings unter diesem Namen in den Lehrbüchern nicht vorkommt, nach meiner innigsten Überzeugung dem gemeinen deutschen Civilrecht angehört und auf einer Verschmelzung germanischer und römischer Elemente beruht. Diese Überzeugung ist allmälig in mir entstanden. Ursprünglich glaubte ich, daß die Klage nur in Particularrechten vorkomme. Die erste Anregung ging nämlich vom preußischen Landrecht aus, welches ich in der Praxis zuerst kennen lernte und welches das Princip der Relativität so klar ausspricht. Bald nach meinem Eintritt in das öffentliche Leben schrieb ich den ersten rohen Entwurf zur gegenwärtigen Abhandlung nieder, der sich jedoch auf das Landrecht beschränkte. Nachdem ich im Jahre 1845 nach Rügen und damit

in einen Bezirk des gemeinen Rechts versetzt war, konnte es nicht fehlen, daß sich meine Aufmerksamkeit auf das Possessorium ordinarium und die Spolienklage richtete, und so wurde der Gesichtskreis weiter. Als ich zu Anfang 1853 die Arbeit, mit der ich seitdem, soweit es meine Berufsgeschäfte verstatteten, unausgesetzt beschäftigt gewesen bin, wieder aufnahm, begann ich mit dem germanischen Recht, da sich inzwischen die Überzeugung, daß dasselbe ein ebenso wichtiger Factor des geltenden Rechts wie das römische ist, immer mehr Bahn gebrochen hatte. Die Resultate dieser Studien sind in dem im 14. Bande der Zeitschrift für deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft befindlichen Aufsatz: „der Schutz des Eigenthums und des Besitzes nach älterem deutschen Rechte" enthalten, welcher seinem wesentlichen Inhalte nach jedoch mit erheblichen Verbesserungen in die gegenwärtige Schrift übergegangen ist. Gleichzeitig griff ich zu den älteren Italienern und war erstaunt über die Fülle und Bestimmtheit des sich mir darbietenden Materials. Nun hatte ich historischen Grund und Boden gefunden und konnte von da aus mit einiger Sicherheit die geschichtliche und dogmatische Durchführung einer Auffassung unternehmen, welche sich in mir während einer nunmehr siebzehnjährigen praktischen Thätigkeit immer wieder von Neuem geltend gemacht hat und im Laufe der Jahre langsam gereift ist.

Bei dieser Durchführung bereitete mir die Abgelegenheit des kleinen Ortes große Schwierigkeiten, in welchem ich, von Hülfsmitteln entblößt, auf den Kreis weniger Freunde und Amtsgenossen, denen ich allerdings viele Anregung und Beleh-

rung verdanke, beschränkt, fast als literarischer Einsiedler lebe. Ich half mir nothdürftig durch Benutzung der Greifswalder und Stralsunder Bibliotheken, welche mir bereitwilligst verstattet wurde, vorzüglich habe ich die Liberalität zu rühmen, welche mir die Verwaltung der vortrefflichen Stralsunder Rathsbibliothek bewiesen hat. Auch andererseits ist mir mannichfache Hülfe zu Theil geworden und ich habe nicht unterlassen, in einzelnen Fällen speziell darauf hinzuweisen (S. 47, 102, 201). Ganz besondere Förderung aber habe ich meinem verehrten Freunde Herrn Professor Windscheid zu danken und ich habe dies um so höher zu schätzen, als ich fürchte, daß er sich nicht einverstanden mit mir wird erklären können. Trotz dieser vielfachen Unterstützungen würde ich dennoch nicht zum Ziele gelangt sein, wenn mir nicht Seitens des Herrn Justizministers Simons im Jahre 1855 ein zehnwöchentlicher Urlaub zur Benutzung auswärtiger Bibliotheken, während welcher Zeit mich meine Herrn Collegen mit seltener Bereitwilligkeit vertreten haben, bewilligt wäre. Leider wurde mir aber diese Zeit durch ein Augenübel um mehr als die Hälfte verkürzt.

Ich habe alle diese Umstände, obschon sie zum Theil sehr persönlicher Natur sind, angeführt, theils um über die Entstehung des Buchs Auskunft zu geben, theils weil es mir ein Bedürfniß war, meinen Dank für die mir von so vielen Seiten erwiesene Theilnahme und Förderung auszusprechen, theils endlich um gewisse Mängel des Buchs im Voraus zu entschuldigen. Man wird nämlich bald bemerken, daß nicht immer die neuesten und besten Ausgaben der Quellen und Lehrbücher benutzt und

daß die Zusammenstellung der Particularrechte und der Rechte verwandter Völker der wünschenswerthen Vollständigkeit und Ausführlichkeit ermangelt, auch mögen manche neuere Schriften, namentlich in Zeitschriften zerstreute Abhandlungen, welche mir hier oft erst nach Jahren zugehen, unberücksichtigt geblieben sein. Niemand bedauert dies lebhafter als ich, aber ich war nicht in der Lage, den Übelständen abhelfen zu können.

Bergen, im Pfingstfest 1857.

B. Delbrück.

Inhalt.

Erster Theil.

Geschichte.

Erster Abschnitt.

Rechtsschutz des Eigenthums bei den Römern.

Zweiter Abschnitt.

Rechtsschutz des Eigenthums bei den Germanen.

Dritter Abschnitt.

Fortdauer der dinglichen Klage des deutschen Rechts nach dem Zusammenstoße des römischen und germanischen Rechts.

Zweiter Theil.

Lehre.

Erster Abschnitt.

Die dingliche Klage des deutschen Rechts.

Zweiter Abschnitt.

Anderweite dogmatische Ergebnisse des geschichtlichen Theiles.

Abkürzungen.

Albrecht bedeutet dessen Schrift: die Gewere als Grundlage des älteren deutschen Sachenrechts. 1828.

Beseler: System des gemeinen deutschen Privatrechts. Th. 1. 1847. Th. 2. 1853. Th. 3. 1855.

Bruns: das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart. 1848.

Budde: de Vindicatione rerum mobilium germanica. 1837.

Fleck: Commentationes binae de Int. Unde vi et remedio spolii. 1797.

Glück: Ausführliche Erläuterung der Pandecten, ein Commentar. 1790—1830, nebst Fortsetzungen.

Göschen: Vorlesungen über das gem. Civilrecht, herausg. von Errleben. 1838 und 39.

Goslar. Stat. sind nach der Ausgabe von Göschen citirt.

Hert: Responsa et consilia. II T. 1729 und 30.

Homeyer: System des Lehnrechts der Sächsischen Rechtsbücher in dessen: des Sachsenspiegels zweiter Theil. Bd. 2. 1844.

Kl. Keyserrecht ist nach der Ausgabe von Endemann citirt.

Kosegarten: Pommersche und Rügische Geschichtsdenkmäler. 1834.

Kraut: Grundriß zu Vorlesungen über das Deutsche Privatrecht. 4. Ausg. 1856.

Kritz: Darstellung praktischer Materien des röm. Rechts. Bd. 1. Über die Vindication und die Public. Klage. 1831.

Lüb. R.: das alte L. R. ist nach der Ausgabe von Hach citirt.

Mühlenbruch: Lehrbuch des Pandektenrechts. 2 Aufl. 1837.

Richtsteig Landrechts ist nach der Ausgabe von Unger citirt.

Richtsteig Lehnrechts nach der Ausgabe von Homeyer.

Sachsse: das Beweisverfahren nach deutschem Rechte. 1855.

Savigny's Gesch. d. röm. R. im M. A. ist nach der ersten Ausgabe citirt.

Schwabenspiegel ist nach der Ausgabe von Laßberg citirt.

Sintenis: das pract. gem. Civilrecht. 1844 und 47.

Vangerow: Lehrbuch der Pandekten. 1851 und 54.

Vermehrter Sachsenspiegel ist nach der Ausgabe von Ortloff citirt.

Zeitschrift: Zeitschrift für deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft, herausg. von Reyscher, Wilda und Beseler.

Ziegler und Woltaer: Woltaer, Observationes, quae ad jus civ. et. Brand. pertinent. fasc. II. 1779, wo sich ein Wiederabdruck von: Ziegler, Comment. ad can. Redintegranda mit Anmerkungen von Woltaer befindet.

Zöpfl: das alte Bamberger Recht. 1839.

Zu den Citaten S. 279 Anm. 9 vergl. S. 142 Anm. 25 und S. 145 Anm. 38 und 39.

Erster Theil.

Geschichte.

Erster Abschnitt.

Rechtsschutz des Eigenthums bei den Römern.

§ 1.

I. Im Allgemeinen.

In dieser dem Recht der Gegenwart, und zwar einem deutschen Element desselben gewidmeten Schrift können im geschichtlichen Theil vom römischen System nur die Grundzüge und auch diese nur soweit gegeben werden, als sie den Gegensatz zum germanischen und modernen System anschaulich machen. Dieser Gegensatz ist, um ihn gleich von Hause aus mit Einem Wort zu bezeichnen, der, daß die Römer den Schutz des Eigenthums in Gemäßheit der absoluten Natur desselben auf die Lehre vom Erwerbe des Eigenthums gegründet, die Germanen und nach ihrem Vorgange die modernen Völker aber nach dem Princip der Relativität geordnet haben.

Die absolute Natur des Eigenthums zeigt sich darin, daß es durch einen bestimmten Act nach ein für alle Mal geltenden Regeln erworben wird und untergeht, daß es überall ganz erscheint oder wenigstens nur durch ebenfalls absolute Rechte beschränkt ist, daß es Allen gegenüber denselben Inhalt und dieselbe Kraft entwickelt und daß es ausschließlich ist. Duorum in solidum dominium esse non potest und: quum judicatur, rem

meam esse, simul judicatur, illius non esse [1]). Dies Alles ist anders bei einer relativen Befugniß, sie kann mehreren Personen zugleich zustehen [2]), Inhalt und Kraft richten sich nach dem Umfange des gegenüberstehenden Rechts, sie ist durch das Verhältniß zum Gegner einem Mehr oder Minder unterworfen und kann nicht nach ein für alle Mal bestimmten Regeln entstehen und untergehen.

Wenn nun jemand Eigenthümer einer Sache ist, so kann er es nur dadurch sein, daß er dies Eigenthum einmal erworben hat. Daher ist es die Lehre vom Erwerb des Eigenthums, auf welche die Römer alle ihre Kraft concentriren und welche sie mit dem ihnen eigenthümlichen Rechtssinn in der schärfsten, feinsten und geistvollsten Weise ausgebildet haben.

Niemand wird diesen Principien innere logische Wahrheit und Consequenz absprechen wollen, aber nicht alles, was an sich richtig ist, kann praktisch durchgeführt werden. Die Unvollkommenheit menschlichen Erkennens in Thatfragen legt uns Rücksichten auf, die aus der absoluten Natur des Eigenthums nicht folgen. Wenn der Eigenthümer den Besitz der Sache verloren hat und die Rückgabe derselben vom gegenwärtigen Besitzer verlangt, so kann ihm der Richter nur unter der Bedingung dazu verhelfen, daß er ihm den Erwerb des Eigenthums beweist. So und nicht anders kann die Forderung lauten, die wir auf dem Standpunkte des absoluten Princips an den klagenden Eigenthümer zu richten haben. Diese Forderung aber, so richtig sie an sich erscheint, ist von einer solchen Härte, daß sie den Schutz des Eigenthums fast illusorisch macht. Hat freilich der Eigenthümer das Eigenthum auf ursprüngliche Weise erworben, so mag ihm der Beweis des Erwerbes gelingen, ist er aber durch Übergabe zur Sache gelangt, und diese Erwerbart ist ohne Zweifel so häufig, daß sie unter hundert Fällen neun und neun-

1) L. 5 § 15 D. commod. (13, 6). — L. 40 § 2 D. de Proc. (3, 3). cf. L. 15 u. 30 § 1 D. de exc. rei jud. (44, 2).

2) Göschen, § 285 z. E. II S. 192.

zig Mal vorkommt: so kann er, wenn wir zunächst von der Ersitzung absehen, den verlangten Nachweis in der Regel nicht erbringen, denn die Übergabe macht mich nur dann zum Eigenthümer, wenn der vorige Besitzer es war und so fort ins Unendliche. Seit den Zeiten der Glosse hat man daher die probatio dominii eine diabolica genannt und dem Kläger oft genug das: tibi non deficit jus sed probatio zugerufen. Gleichwohl steht es fest, daß die Römer den rein logischen, absoluten Standpunkt in Ansehung der Vindication unerbittlich festgehalten haben. Der Kläger muß den Erwerb des Eigenthums beweisen:

Gaj. IV § 92. Petitoria formula haec est, qua actor intendit, rem suam esse, desgl. § 3.

§ 1 I. de act. (4, 6) si suam esse intendat, in rem actio est.

L. 23 pr. D. de R. V. (6, 1) In rem actio competit ei, qui — dominium acquisivit.

L. 9 eod. ubi probavi rem meam esse.

L. 80 eod. licet suam esse non approbaverit.

Ist der Erwerb ein derivativer, so muß das Eigenthum des Vorbesitzers dargethan werden:

L. 20 pr. D. de A. R. D. (41, 1) Traditio nihil amplius transferre debet vel potest ad eum, qui accipit, quam est apud eum, qui tradit. Si igitur quis dominium in fundo habuit, id tradendo transfert; si non habuit, ad eum, qui accipit, nihil transfert.

Kann der Kläger diesen Anforderungen nicht genügen, so siegt der Beklagte, auch wenn ihm nicht das mindeste Recht zur Seite steht.

§ 4 I. de interd. (4, 15) Commodum autem possidendi in eo est, quod, etiamsi res ejus non sit, qui possidet, si modo actor non potuerit suam esse probare, remanet suo loco possessio; propter quam causam, cum obscura sunt utriusque jura, contra petitorem judicari solet.

L. 2 C. de prob. (4, 19) Non enim possessori incumbat necessitas probandi, eas (sc. possessiones) ad se pertinere,

quum te in probatione cessante, dominium apud eum remaneat.

L. ult. C. de R. V. (3, 32) Res alienas possidens, licet justam tenendi causam nullam habeat, non nisi suam intentionem implenti restituere cogitur. Vergl. auch L. 5 pr. i. f. D. si ususfr. pet. (7, 6). — L. 11 C. de petit. hered. (3, 31). — L. 128 D. de R. J.

Wenn man neuerdings diese absolute Natur des römischen Eigenthums und Eigenthumsprozesses in Abrede gestellt hat[3]), so ist das, wie allgemein anerkannt wird, völlig verfehlt. Auch die Erwägung, daß ich in Bezug auf dieselbe Sache dem Einen gegenüber als Eigenthümer anerkannt, dem Andern gegenüber aber vielleicht nicht anerkannt werde[4]), verfängt nichts, denn die Zufälligkeiten der Prozeß- und Beweisführung haben mit dem Begriffe des Eigenthums nichts zu thun; habe ich Eigenthum erworben, so habe ich es Allen gegenüber erworben, wenn es auch möglich ist, daß ich aus Mangel an Beweisen unterliege; habe ich es aber verloren, so habe ich es Allen gegenüber verloren, wenn es auch möglich ist, daß der Gegner den Verlust nicht weiß oder nicht darthun kann.

Indeß schon die Römer sind darauf bedacht gewesen, die Härten des starren Princips in durchgreifender Weise zu mildern. Sie geben dem Eigenthümer die Möglichkeit, den Besitz der Sache wiederzuerlangen, ohne jenen strengen, an sich nothwendigen Beweis zu führen. Diese von ihnen gegebenen Aushülfen lassen sich in zwei Klassen, in directe und indirecte Erleichterungen eintheilen. Die indirecten bestehen darin, daß dem Eigenthümer nicht selten die Möglichkeit eröffnet wird, ohne Eigenthumsklage den Besitz der Sache wiederzuerlangen, hierher gehören Contractsklagen, actio ad exhibendum, u. a. m., namentlich auch die Besitzklagen:

L. 24 D. de R. V. Is, qui destinavit, rem petere, animad-

---

3) Kritz, S. 27, 65, 77, 118, 165.
4) Sintenis, § 53.

vertere debet, an aliquo interdicto possit nancisci possessionem, quia longe commodius est, ipsum possidere et adversarium ad onera petitoris compellere, quam alio possidente petere.

Zu erwähnen ist auch noch, daß das Ableugnen des Besitzes Seitens des Beklagten denselben Erfolg haben kann[5]), indem eine dem Kläger vortheilhafte Strafe darauf gesetzt ist. Weit wichtiger aber sind die directen Erleichterungen: die Usucapion und die Publiciana. Beide sind nunmehr besonders zu betrachten.

II. Insbesondere.

§ 2.

1. Usucapion.

Die Römer nennen die Usucapion eine Erwerbart des Eigenthums.

Ulp. frgm. XIX, 8. Usucapione dominia adipiscimur — usucapio est dominii adeptio.

L. 3 D. de usurp. et usuc. (41, 3) Usucapio est adjectio dominii.

Pr. I. de usuc. (2, 6) i. f. . . usucapiantur et his modis dominia rerum acquirantur[1]).

Hiermit verbindet sich sehr natürlich die Vorstellung, daß bei der Ersitzung mit der Erwerbung des Eigenthums in der Person des einen jederzeit ein Verlust des Eigenthums in der Person eines andern verbunden sei[2]).

Pr. I. de usuc. (2, 6) Jure civili constitutum fuerat, ut, qui bona fide ab eo, qui dominus non erat, quum credide-

---

5) L. ult. D. de R. V.

1) S. auch Varro de re rust. 2, 10. — Cicero de harusp. resp. 7. — Gaj. II, 65. — Ulp. fragm. XIX, 2.

2) Worte Göschens, § 248.

rit eum dominum esse, rem emerit . . . usucapiat, ne rerum dominia in incerto essent. Et quum hoc placitum erat, putantibus antiquioribus, dominis sufficere ad inquirendas res suas praefata tempora, nobis melior sententia sedit, ne domini maturius suis rebus defraudentur, rel.

Unzweifelhaft ist diese Lage der Sache, daß nämlich der wahre Eigenthümer seines Rechts beraubt wird, eine mögliche, sie wird dann eintreten, wenn der Eigenthümer den Besitz der Sache durch Zufall verloren und ein dritter sie redlicher Weise erworben hat. Aber man muß sich vergegenwärtigen, daß dieser Fall durchaus nicht der einzig mögliche ist, es kann nämlich sehr wohl sein, daß derjenige, der sich auf Ersitzung beruft, entweder vom wahren Eigenthümer oder auf ursprüngliche Weise, z. B. durch Occupation erworben hat, diesen Erwerb aber nicht geltend macht, sei es, daß derselbe durch Länge der Zeit in Vergessenheit gerathen oder daß er nicht zu erweisen ist. Dann ist kein Anderer vorhanden, der seines Eigenthums beraubt würde, dann ist Erwerb auf der einen nicht zugleich Verlust auf der andern Seite. Betrachten wir das Leben von der praktischen Seite, so müssen wir sagen, daß dieser Fall namentlich in Ansehung der außerordentlichen Ersitzung der weit häufigere ist und daß wir die meisten der Fälle, in welchen es völlig ungewiß bleibt, ob sie der einen oder der anderen Kategorie angehören, hierher werden rechnen können. Man möchte sogar geneigt sein, noch einen Schritt weiter zu gehen. Der Fall, da der wahre Eigenthümer nur zur Ergänzung des fehlenden Beweises zur Usucapion greift, scheint die normale Grundlage, das innere Motiv des ganzen Instituts wenn nicht durchweg geschichtlich so doch wissenschaftlich zu bilden. Dafür möchte sprechen, daß, wie schon gesagt worden, der derivative Erwerb des Eigenthums schlechterdings nicht ohne diese Ergänzung bestehen kann. Schwerlich würde wohl der römische Rechtssinn auf die Usucapion verfallen sein, wenn dem auf andere Weise bei dem einmal vorherrschenden Princip abzuhelfen gewesen wäre und es sich nur darum gehan-

delt hätte, den neuen Besitzer gegen den wahren Eigenthümer zu schützen, zu welchem Zweck die Klagverjährung im Wesentlichen ausgereicht hätte. Fälle dieser Art scheinen vielmehr so wenig Veranlassung des Instituts zu sein, daß sie grade umgekehrt als ein nothwendiges Übel angesehen zu werden verdienen. Darauf deutet auch Puchta (Instit. § 239) hin, wenn er sagt: „die Usucapion ist nicht dazu erfunden, um die Sache dem zu verschaffen, welchem sie nicht gehört . . . allerdings läßt sich der Erfolg, daß dem wahrhaften Eigenthümer dadurch sein Recht entzogen wird, nicht völlig ausschließen, diese Möglichkeit aber soll mehr in die Ferne gerückt und überhaupt zu einer erträglichen gemacht werden durch die Erfordernisse der Usucapion"[3]). Wie sehr die Römer es sich angelegen sein ließen, diesen Erfolg in die Ferne zu rücken, zeigt sich namentlich darin, daß an gestohlenen und geraubten Sachen jede Ersitzung auch in der Hand des redlichen Erwerbers ausgeschlossen war, besonders, wenn man erwägt, wieweit der Begriff des Diebstahls ausgedehnt wurde, sowie daß in Ansehung der unbeweglichen Sachen später ähnliche Ausnahmen sich Geltung verschafften[4]). Arglist konnte dem Eigenthümer nun nicht mehr schaden, nur eigentlich zufälliger Verlust des Besitzes oder Versehen eines Stellvertreters konnte gefährlich werden.

Wie dem aber auch sei[5]), so viel steht fest, die Fälle des Schutzes bestehenden Eigenthums durch Usucapion, welche von nun an hier ausschließlich ins Auge gefaßt werden, gehören dem Gebiet der Usucapion ebensosehr an[6]), als Fälle anderer

---

3) Vergl. auch Vorles. § 155 u. Instit. § 233 d, wo er die Ersitzung eine „Erleichterung des Eigenthumsbeweises" nennt.

4) S. unten § 67. Hier und mehrfach muß in diesem vorläufigen Überblick auf spätere Ausführungen Bezug genommen werden, welche an diesem Orte die Darstellung zu sehr unterbrechen würden.

5) Der Verf. muß sich die Durchführung dieser Auffassung für eine schicklichere Gelegenheit vorbehalten.

6) **Mevius, Comment. in Jus Lubec. zu I, 8; No: 2: acquirendi modus, qui ipso tempore possessores securos faceret, et alias acquisitio-**

Art und verdienen eine nähere Betrachtung. Es tritt uns nämlich ein eigenthümliches Bedenken entgegen. Wenn die Usucapion dazu dienen soll, den wahren Eigenthümer zu schützen, so kann sie nicht selbst Erwerb des Eigenthums sein, denn ich kann das, was ich bereits einmal rechtmäßig erworben habe, nicht noch einmal durch Ersitzung erwerben. Man muß Zachariä[7]) beistimmen, wenn er sagt, die Ersitzung sei nicht eine Erwerbungsart, sie setze vielmehr schon eine Erwerbung voraus. Innerhalb des positiven Rechts kann man diesem Bedenken ausweichen, wenn man sagt, das Recht ignorire den früheren Erwerb, allein damit ist logisch, für die Betrachtung an sich, nichts gewonnen. Die wahre Lösung des Widerspruches liegt in der Einsicht, daß die Usucapion insoweit an sich nicht Erwerbart ist und daß die römische Auffassung derselben als solche insoweit nur formellen Werth hat. Die Ersitzung ist, gewiß wenigstens in Ansehung der fraglichen Fälle, ein Institut zum Schutz des Eigenthums und ihre leitende Idee prozessualischen Ursprungs. Das prozessualische Motiv hat sich in das Gewand des materiellen Rechts gehüllt, welches wir abstreifen müssen, um die logische Natur des Rechtskörpers kennen zu lernen. Weil dem Kläger in vielen Fällen nicht zugemuthet werden kann, den Erwerb des Eigenthums darzuthun, wird ihm gestattet, zur Ersitzung zu greifen; weil man einmal davon ausging, daß Erwerb nothwendig sei, wurde die Ersitzung als Erwerbart behandelt und weil Erwerb auf der einen Verlust auf der andern Seite ist, gestattete man keine Untersuchung der Frage, wer von beiden Theilen, abgesehen von der Usucapion, der wahre Eigenthümer sei. Ein Institut, welches an sich den Schutz des Eigenthums bezweckte, wurde im positiven Recht zu einem Erwerbe

---

nes legitimas firmaret. — Savigny, System III, S. 370, b u. IV, S. 306.

7) Handb. des französ. Civilr. 4. Ausg. I § 209, 2. S. auch Christiansen, Instit. S. 199: ist mehr ein Beweis des rechten Habens als das Mittel des Erwerbes.

des Eigenthums, weil die Erwerbslehre, als Kern und Mittelpunkt des ganzen Eigenthums sich den Römern als nächster Anknüpfungspunkt darbot.

Diese positive Natur des Instituts ist auch den Römern nicht entgangen. In mehreren Stellen wird dasselbe bestimmt aus Nützlichkeitsgründen hergeleitet:

Cicero pro Caec. 26. finis sollicitudinis et periculi litium.

Gaj. II § 44. ideo receptum videtur, ne rerum dominia diutius in incerto essent.

L. 1 D. de usucp. (41, 3) bono publico usucapio introducta est, ne diu et fere semper incerta dominia essent.

L. 5 pr. D. pro suo. (41, 10) Usucapio constituta est, ut aliquis litium finis esset.

Diese Aussprüche namentlich der zweite und dritte scheinen weit mehr den Fall vor Augen zu haben, wenn der wahre Eigenthümer die Usucapion zu Hülfe nimmt, als den, wenn der Nichteigenthümer durch dieselbe neu erwirbt, denn sobald es gewiß ist, daß ein anderer wahrer Eigenthümer existirt, kann von Ungewißheit des Eigenthums nicht die Rede sein, sondern nur von Unsicherheit des Besitzes.

Lassen wir dies formelle römische Gepräge bei Seite, so ist die Ersitzung, soweit sie zum Schutze bereits bestehenden Eigenthums dient, materiell genommen nichts anderes, als der Inbegriff der Voraussetzungen, unter welchen der Beweis des Besitzes den Beweis des Eigenthums ersetzt, oder spezieller für den Fall der Vindication einer abhanden gekommenen Sache: der Inbegriff der Voraussetzungen, unter welchen der Beweis des *ehemaligen* Besitzes den Beweis des Eigenthums ersetzt.

§ 3.

2. Publiciana.

Wie sich die Usucapion an den Erwerb des Eigenthums anschließt, so schließt sich wiederum die Publiciana an die Usucapion an, mit dem Unterschiede nur, daß hier offen ausgespro-

chen wird, was dort verborgen bleibt, daß der Anschluß ein künstlicher, ein formeller ist.

Gaj. IV § 36. Nam quia non potest eam ex Jure Quiritium suam esse intendere, fingitur rem usucepisse, et ita quasi ex Jure Quiritium dominus factus esset, intendit rel.

§ 3 u. 4 I. de act. (4, 6) Permittitur in rem agere, ut actor diceret, se quasi usucepisse, quod non usu ceperit . . . inventa est a Praetore actio, in qua dicit is, qui possessionem amisit, eam rem se usucepisse, et ita vindicat suam esse.

Die Fiction ist also hier eingestandener Maaßen theoretischer Ausgangspunkt der Lehre. Man erreichte dadurch nicht nur eine sichere Grundlage für die praktische Behandlung der Klage, sondern auch den Anschluß derselben an den Erwerb des Eigenthums[1]), welcher einmal den Römern als Urquell der ganzen Lehre vom Schutze desselben galt. Hierbei ist aber das geschichtliche Verhältniß wohl zu beachten. Die Usucapion ist weit älter als die Publiciana, sonst wäre es vielleicht möglich gewesen, eine selbständige Klage zum Schutz des Eigenthums im Sinne der Publiciana zu geben, welche die Usucapion, soweit sie zum Eigenthumsschutz dient, überflüssig zu machen im Stande gewesen wäre, eine Entwicklung, wie sie später uns das germanische Recht zeigen wird. Es ist ferner ein sehr merkwürdiger Unterschied von der Usucapion hervorzuheben. Bei dieser scheuete man den Erfolg, daß der wahre Eigenthümer seines Rechts beraubt wurde, keineswegs und ließ, namentlich in Ansehung der außerordentlichen Ersitzung, den Gegenbeweis, daß irgend ein bestimmter und zwar ungeeigneter Erwerb statt-

---

1) L. 1 § 2 D. de Public. (6, 2) Sed cur traditionis duntaxat et usucapionis fecit mentionem? quum satis multae sint juris partes, quibus dominium quis nanciscatur. L. 13 eod. Quaecunque sunt justae causae acquirendarum rerum, si ex his causis nacti res amiserimus, dabitur nobis earum rerum persequendarum gratia haec actio.

gefunden habe, nicht zu[2]), bei der Publiciana aber schützte man den wahren Eigenthümer durch eine Einrede.

L. ult. D. de Publ. P. A. non ideo comparata est, ut res domino auferatur, ejusque rei argumentum est primo aequitas, deinde exceptio: si ea res possessoris non sit, sed ut is, qui bona fide emit, possessionemque ejus ex ea causa nactus est, potius rem habeat[3]).

Jene Fiction erregt nun aber heutzutage mit Recht Anstoß, und man bemüht sich, sie loszuwerden. Nur das positive Recht, sagt ein neuerer Schriftsteller[4]), nicht aber auch die Rechtswissenschaft kennt Fictionen. Wächter ist der Ansicht, daß die Fiction eine lediglich prozessualische Bedeutung gehabt habe, welche längst antiquirt sei und will die Rechtssätze, welche für die Publiciana gelten, als selbständige anerkannt wissen[5]). Dem steht aber entgegen, daß die Fiction noch in der Justinianischen Compilation als die Grundlage des materiellen Rechts der Publiciana erscheint[6]) und daß wir mit dem Aufgeben derselben nur eine unzureichende Begründung beseitigt, nicht aber das gefunden haben würden, was wir suchen, nämlich eine zureichende Begründung. Ihering nennt die bonae fidei possessio ein dingliches Recht mit relativem Character, welches man sonst wohl auch prätorisches Eigenthum genannt hat[7]).

---

2) Das Gegentheil nimmt Scheurl, Beiträge II S. 80 an, doch wohl schwerlich mit Recht.

3) cf. L. 1 pr. eod: si non a domino petet u. L. 31 § 2 D. de act. emti. (19, 1) Si alter ex nobis a domino emisset, is omnimodo tuendus est.

4) Köppen, die Erbschaft S. 164 (1856).

5) Über den Entwurf des bürg. G. B. für Sachsen, in der Tauchnitzsch. Zeitschr. XII S. 74 Anm. 41.

6) L. 7 § 17 D. de Public. Publiciana eum experiri non posse, quia usucapere non poterit. — L. 9 § 5 eod. Haec actio in his, quae usucapi non possunt... locum non habet. — L. 7 § 2 eod. posse usucapere, ergo et Publicianam habebit. cf. auch L. 11 § 4 eod. u. L. 28 D. de noxal. act. (9, 4).

7) Abhandlungen aus dem röm. Recht (1844). No: 2 die Consolida=

Allein auch diese Auffassung ist unzutreffend. Der bonae fidei possessor hat eine dingliche Klage aber die bonae fidei possessio ist kein dingliches Recht. Das dingliche Recht ist dem Eigenthum nachgebildet und deshalb seiner Natur nach absolut und ausschließend, das Recht zur Publiciana aber kann sehr wohl mehreren Personen zugleich zustehen, wodurch wir dann zu einem jus in re complurium in solidum gelangen würden. Man müßte dann auch im Stande sein, Regeln über Erwerb und Verlust dieses Rechts aufzustellen, ein Versuch, der aber an der relativen Natur desselben sofort scheitern würde[8]). Sodann ist doch die Publiciana, wie allgemein anerkannt wird, eine Klage zum Schutz des Eigenthums, das würde sie aber nicht sein können, wenn sie eine Klage zum Schutz eines andern dinglichen Rechts wäre. Jhering stützt sich darauf, daß die bonae fidei possessio in den Quellen ganz wie ein Recht behandelt werde, in Betreff der Publiciana habe man zwar die Fiction festgehalten, in allen übrigen Beziehungen aber diene sie durchaus nicht als gesetzlicher Anhaltspunkt (S. 103, 109, 118). Diese Bemerkung ist richtig, aber sie beweist nicht, was sie beweisen soll, wenn sich jener Umstand auf andere Weise erklären läßt, worauf sogleich übergegangen werden soll. Hätten die Römer die bonae fidei possessio als wirkliches Recht angesehen, so würden sie nicht bis zuletzt die Hauptwirkung derselben, die dingliche Klage, auf ein fingirtes Recht gestützt haben. Es läßt sich aber auch ein stringenter Gegenbeweis führen. Zunächst vermeiden die Römer auf das sorgfältigste die bonae fidei possessio ein Recht zu nennen und zwar an Stellen, wo dringende Veranlassung gewesen wäre, diesen Gesichtspunkt geltend zu machen. In L. 49 de V. S. werden die Bestandtheile des Vermögens aufgezählt. Der Jurist rechnet dahin: quae dominii nostri sunt, vel superficiaria, quid est in actionibus, außerdem

---

tion der b. f. possessio. S. auch Deurer über den Schutz des relativ-besseren Rechts. Jahrb. für Dogmatik I S. 221 flg. (1856).

8) Voet hat einen solchen Versuch gewagt, VI, 2 No: 2.

aber die Sachen, quae „bona fide a nobis possidentur". Weshalb werden hier die Sachen genannt und nicht das Recht, dem diese Sachen unterworfen sind? Gewiß deshalb, weil der Jurist ein solches Recht nicht anerkannte[9]). Auf dem Jhering'schen Standpunkte würde es nur natürlich gewesen sein, das dingliche Recht der bonae fidei possessio neben das Eigenthum zu stellen, der römische Jurist aber zieht es vor, die Sachen, rücksichtlich deren die Publiciana zusteht, zu nennen, ohne sich darüber auszusprechen, ob uns an diesen Sachen ein dingliches Recht erworben ist. Indessen mag zugegeben werden, daß diese Argumentation nicht völlig überzeugend ist, an einer anderen Stelle aber wird die bonae fidei possessio gradezu als ein Factum bezeichnet. Paulus erörtert die Frage, ob der, welcher bona fide eine Sache erworben, später aber erfahren hat, daß sie eine fremde sei, die Früchte derselben erwerbe; er verneint den Fruchterwerb, obwohl er die Usucapion gestattet und sagt:

> Pomponius putat verendum, ne non sit bonae fidei possessor, quamvis capiat; hoc enim ad jus, id est usucapionem, illud ad factum pertinere, ut quis bona aut mala fide possideat. L. 48 § 1 D. de A. R. D. (41, 1).

Dies ist derselbe Paulus, bei welchem die römische Auffassung, wie Jhering S. 109 sagt, die Form eines bewußten Princips angenommen hat. Dazu kommt dann noch die L. 136 de R. J., eine Stelle, in welcher das römische Princip culminirt:

> (Paulus) bona fides tantundem possidenti praestat, quantum veritas, quoties lex impedimento non est.

Wäre die bonae fidei possessio ein wirkliches Recht, so könnte sie nicht der veritas gegenübergestellt werden, denn ein Recht ist selbst veritas.

Grade diese Stelle aber führt uns dem richtigen Gesichtspunkt zu. Die bonae fidei possessio ist nicht ein Recht, aber sie vermag unter gewissen Umständen das Recht zu ersetzen. Wenn

---

9) cf. L. 5 § 9 D. Ut in poss. leg. (36, 4). — L. 19 pr. D. de hered. petit. (5, 3). — L. 10 D. fam. erc. (10, 2).

also eine Klage aus derselben fließt, so hat das eben wieder prozessualische Motive. Auch hier haben wir es mit Sätzen zu thun, die an sich prozessualischen Ursprungs sind, aber in materielle sich verwandelt haben, ein Gewand, das wir wieder abstreifen müssen, wenn wir ihre wahre Natur kennen lernen wollen. Die Sache, auf welche später § 57 ausführlicher eingegangen werden wird, ist also folgende. Als Kläger in der Publiciana ist zunächst der wahre Eigenthümer zu denken, der den Erwerb des Eigenthums nicht beweisen kann oder will. Die Publiciana ist ihrer Grundidee nach darauf berechnet, den Eigenthumsbeweis zu erleichtern und zwar dadurch, daß der Nachweis eines gewissen Zustandes den Nachweis des Eigenthumserwerbes ersetzt. Hieran reiht sich dann eine zweite ebenso wichtige Function der Klage: auch der redliche Nichteigenthümer soll dritten Personen gegenüber geschützt werden. Wenn bei der Usucapion die Beraubung des wahren Eigenthümers als ein nothwendiges Übel erschien, so ist hier der Schutz des Nichteigenthümers um so gerechtfertigter und ungefährlicher, als er dem wahren Eigenthümer im Collisionsfalle weichen muß. Aber auch diese Function der Klage läßt sich aus dem Standpunkt einer Klage zum Schutz des Eigenthums auffassen, indem der redliche Erwerber, der sich für den Eigenthümer hält, dem einfachen Besitzer gegenüber, als Eigenthümer angesehen und die Untersuchung, ob er dies in Wahrheit ist, ausgeschlossen werden soll. Dies ist um so natürlicher, als nicht selten der Fall so liegen wird, daß der wahre Eigenthümer weder Willens noch im Stande ist, sein Eigenthum geltend zu machen. So wenn ein Handlungsunfähiger veräußert hat, aber gar nicht beabsichtigt, das Geschäft anzufechten oder wenn der Eigenthümer sehr wohl weiß, daß ihm die exceptio rei venditae et traditae entgegensteht und er sein Recht deshalb als wirkliches gar nicht mehr betrachtet. Der Fall, wo neben dem zur Publiciana Berechtigten ein anderer wahrer Eigenthümer existirt, der sein Recht geltend zu machen Willens und im Stande ist, muß als Ausnahme betrachtet werden.

Die nächste und wesentliche Bestimmung der Publiciana ist also die, den Eigenthümer zu schützen und die Ansicht Vieler, daß die Klage eigentlich zum Besten derer eingeführt worden, welche nicht wirkliche Eigenthümer sind, daß es aber auch dem Eigenthümer gestattet sei, sich als bloßen bonae fidei possessor zu geriren[10]), kann nicht gebilligt werden.

Auf diesem Standpunkte erklärt es sich nun sehr wohl, daß die bonae fidei possessio in den Quellen wie ein Recht behandelt wird und dem bonae fidei possessor viele Rechte des Eigenthümers zugestanden werden, womit eben weiter nichts gesagt sein soll, als daß man in Fällen dieser Art nicht nöthig hat, den Erwerb des Eigenthums zu beweisen, daß es vielmehr genug ist, wenn die bonae fidei possessio dargethan wird (§ 71).

Mit dieser Auffassung verträgt es sich übrigens durchaus, den Kläger in der Publiciana gelegentlich als bloßen bonae fidei possessor oder als Nichteigenthümer zu bezeichnen, theils im Hinblick auf die Möglichkeit, daß ein wahrer Eigenthümer neben ihm vorhanden ist, theils um in kurzer und bequemer Weise das juristische Verhältniß dessen zu bestimmen, der zwar Eigenthümer ist, aber nicht mit der Behauptung auftritt, daß er das Eigenthum erworben habe. Überhaupt muß man die Betrachtung der Sache an sich sehr wohl von der formell-juristischen Behandlung trennen. Wie die Usucapion an sich ein Institut zum Schutze bereits erworbenen Eigenthums, ihrer juristischen Construction nach aber eine Erwerbart des Eigenthums ist, ebenso stellt sich die Publiciana an sich als Klage zum Schutz des Eigenthums, ihrer juristischen Construction nach aber als Klage aus der bonae fidei possessio dar. Die Römer stellten das formelle Element in den Vordergrund und so erklärt es sich, daß die Quellen in gewisser Beziehung eine der hier ausgeführten Darstellung widersprechende Richtung zu haben scheinen.

---

10) So z. B. Göschen, § 286.

Wenn man nämlich einige Aussprüche der Quellen wörtlich nimmt, so führen sie consequent dahin, dem Eigenthümer die Publiciana ganz zu versagen. Schon die Worte des Edicts: nondum usucaptum zielen dahin und Ulpian bemerkt ausdrücklich dazu: merito Praetor ait: nondum usucaptum; nam si usucaptum est, habet civilem actionem nec desiderat honorarium. Ähnlich heißt es in § 4 I. de act. (4, 6): necdum ejus rei dominus effectus est und bei Gaj. IV, 36: qui nondum usucepit. In keiner einzigen Stelle wird gesagt, daß der Eigenthümer sich der Klage bedienen könne[11]) und selbst die L. 57 D. mand. (17, 1) schweigt darüber, ob, was Savigny[12]) allerdings voraussetzt, der Sklavenhändler wahrer Eigenthümer gewesen sei. Es wird ferner ausdrücklich gesagt, daß der bonae fidei possessor nicht dominus genannt werden könne[13]) und endlich der Fall, wo neben dem bonae fidei possessor ein anderer wahrer Eigenthümer vorhanden ist, welcher oben als Ausnahme behandelt worden, gleichsam als nothwendiger hingestellt[14]), ja Ulpian geht so weit, zu sagen, man könne die actio de servo corrupto dem bon. fid. poss. nicht geben, weil dann nothwendig zwei diese Klage hätten, was absurd sei[15]). Deshalb haben denn auch die Glosse[16]) und Viele nach ihr die Meinung, welche aber jetzt allgemein aufgegeben ist, gehegt, der Kläger dürfe nicht wahrer Eigenthümer sein und unterliege,

11) Die L. 7 § 7 D. de Public. (6, 2) beweist nichts, s. Glück, § 599 S. 373.

12) Syst. VII S. 299.

13) L. 1 § 2 D. de SC. Silan. (29, 5).

14) Gaj. II § 92; III § 164. — Ulp. frgm. XIX, 21. — L. 10 § 4 D. de A. R. D. (41, 1). — § 1 I. per quas pers. (3, 28). — L. 2 § 1 D. de relig. (11, 7). — L. 2 § 14 D. vi bon. rapt. (47, 8). — L. 11, 13 § 9 D. de damn. inf. (39, 2). — L. 18 D. de pignor. (20, 1).

15) L. 1 § 1 D. de serv. corr. (11, 3). Vergl. übrigens Ihering S. 112 flg. der diese Stelle einer scharfen Kritik unterzieht.

16) Gl. a non domino u. bonor. zu L. 1. D. de Publ. Die unrichtige Lesart a non domino und die Construction dieser Worte mit traditur trugen allerdings viel zu dieser Ansicht bei.

wenn der Beklagte das Eigenthum des Vorbesitzers des Klägers nachweise.

Wir haben diese auffallende Vorstellungsweise auf Rechnung einer den Römern eigenthümlichen formellen Behandlung des Rechts zu setzen. Der römische Jurist stellte sich einfach auf den Standpunkt: wer nicht behauptet, das Eigenthum erworben zu haben, der ist juristisch nicht Eigenthümer[17]), ist er dies aber nicht, so müssen wir voraussetzen, daß ein anderer wahrer Eigenthümer da ist.

Auf der anderen Seite ist aber auch den Römern die andere, innere Seite der Sache nahe getreten. Sie sagen zwar nicht ausdrücklich, daß die Publiciana eine Klage zum Schutz des Eigenthums ist, aber sie behandeln sie ganz in diesem Sinne. Nicht nur, daß der Titel der Pandecten, welcher von der Publiciana handelt, sich unmittelbar an den Titel anschließt, welcher von der Vindication handelt, es heißt auch ausdrücklich von jener:

ad exemplum vindicationis datur L. 35 pr. D. de O. et A. (44, 7);

ad instar proprietatis non ad instar possessionis respicit L. 7 § 6 D. de Publ.;

omnia eadem erunt, quae et in rei vindicatione diximus § 8 eod.

wie denn auch vom Kläger gesagt wird:

vindicat (rem) suam esse, § 4 I. de act. (4, 6).

Hierher gehören ferner die Stellen, in welchen die Sachen, rücksichtlich deren die Publiciana zusteht, zum Vermögen gerechnet werden, denn dies kann nur geschehen, wenn entweder die bonae fidei possessio ein dingliches Recht ist, — wir haben aber bereits gesehen, daß diese Auffassung nicht römisch ist, — oder wenn vorausgesetzt wird, daß der bonae fidei possessor eigentlich der wahre Eigenthümer ist und in L. 48 pr. D. de A. R. D.

---

17) Voet, VI, 2 Nr: 3 cum paria sunt in jure non esse et non apparere.

wird in einer speziellen Beziehung wenigstens von ihm gesagt: loco domini paene est. Hierher gehört endlich die Fiction selbst. Der Jurist wird nicht leicht fingiren, wenn er nicht annimmt, die Fiction werde in der Regel der Wahrheit gemäß sein.

Was man nun aber auch von den Römern denken mag, die heutige Wissenschaft hat sich dafür entschieden, daß die Publiciana eine Klage zum Schutz des Eigenthums ist. Die Meinung der Glosse, daß der Eigenthümer die Klage nicht anstellen dürfe, ist völlig aufgegeben. Giebt man aber zu, daß die Publiciana eine Klage zum Schutz des Eigenthums ist, so wird man auch zugeben müssen, daß ihr nächster Zweck der ist, dem Eigenthümer ein bequemeres Rechtsmittel darzubieten. Soviel steht jedenfalls fest: insoweit der Eigenthümer sich der Klage bedient, insoweit unterscheidet sie sich von der Vindication nur in Ansehung des Beweises und der Einreden. Daher kommt es denn auch, daß man allgemein von einem putativen, präsumtiven Eigenthum spricht. Unrichtig ist daran freilich der Ausdruck „Eigenthum", insofern dadurch die bonae fidei possessio als Recht qualificirt zu werden scheint, richtig aber ist das Beiwort: putativ, präsumtiv, welches sehr bedeutsam auf die prozessualische Natur des Instituts hinweist. Es fehlt auch nicht an bestimmteren Aussprüchen wissenschaftlicher Auctoritäten. Vinnius sagt: introducendae enim hujus actionis causa fuit difficultas probandi dominii; edictum eorum gratia comparatum est, qui alias onere probandi premerentur etiam ab injustis rei possessoribus. (quaest. Jur. I, 27)[18]). Vor Allen aber ist wieder Puchta zu nennen. „Die Publiciana", sagt er, „hat Veranlassung und Zweck mit der Eigenthumsklage gemein und ist insofern geeignet, diese zu ersetzen, denn sie ist nichts anderes, als

---

18) Vergl. Kreittmayr, Anmerk. über den Cod. bavar. II. S. 194: die große Schwierigkeit der Probe, welche dem Kl. in r. vind. obliegt, hat zu Einführung gegenwärtiger Action Anlaß gegeben, . . . welche zwar in nomine et formula, nicht aber in effectu et re ipsa von der R. V. differirte, s. auch die von ihm Citirten.

die Eigenthumsklage, durch Fiction auf den bonae fidei possessor ausgedehnt; dadurch ist die Klage wichtig nicht bloß für den, dessen Eigenthum unerweislich ist, sondern auch für den, der allenfalls sein Eigenthum beweisen könnte, hier aber auf eine weniger umständliche Art zu demselben Ziel, wie mit der Eigenthumsklage gelangt" [19]).

In dem oben entwickelten Sinne erscheint nun die Klage als ein weiterer Schritt auf der Bahn, die schon das alte Recht mit der Usucapion betreten hatte, sie ist ein Institut zum Schutz des Eigenthums, künstlich angeknüpft an die Lehre vom Erwerbe. Streifen wir dies dem positiven Recht angehörige Gewand ab, so stoßen wir auf ein prozessualisches Motiv: die Erleichterung des Beweises für den Eigenthümer. Die Ersitzung ließ sich, insoweit der Kläger in der dinglichen Klage sich auf dieselbe beruft, als Inbegriff der Voraussetzungen auffassen, unter welchen der Beweis des ehemaligen Besitzes den Beweis des Eigenthums ersetzt. Dasselbe gilt von der Publiciana, insofern sie dazu dient, den Eigenthümer zu schützen, sie ist ebenfalls der Inbegriff der Voraussetzungen, unter welchen der ehemalige Besitz den Beweis des Eigenthums ersetzt, aber sie geht noch einen Schritt weiter, indem sie den Kläger von einer der Voraussetzungen der Usucapion dispensirt. Während nämlich hier der Besitz längere Zeit hindurch gewährt haben muß, genügt zur Publiciana der Besitz auch nur eines Augenblickes.

L. 12 § ult. D. h. t. Sed etiam is, qui momento possedit, recte hac actione experitur.

Aber diese Erleichterung gilt nicht absolut, sondern nur im Verhältniß zu einer gewissen Klasse von Gegnern. Hiermit betrat man denn doch das Gebiet der Relativität. Es kam ein Bruch in das Princip des absoluten Eigenthumsschutzes und ein neuer Rechtsgedanke war aufgetreten, der sich demnächst im modernen Recht zu noch größerer Blüthe und Fruchtbarkeit entfalten sollte.

19) Instit. § 233. Vergl. Vorles. § 173.

§ 4.

III. Kritik des Systems.

Wenngleich die Römer an der Hand der Erfahrung dazu gekommen waren, sich mit dem Beweise des ehemaligen Besitzes zu begnügen, so geschah dies doch nur unter erschwerenden Bedingungen und diese Bedingungen bilden die Schwäche des Systems. Indem man nämlich den Gedanken der Relativität des Eigenthumsprozesses nicht als solchen zu erfassen und durchzuführen wußte, blieb das absolute System auch gebrochen noch das herrschende Princip. Was frei zu gestalten und selbständig neben das ursprüngliche Recht zu stellen war, mußte sich dem letzteren unterordnen und in dessen Gefolge auftreten. Die Publiciana blieb ein halbes Werk, weil sie dem Drucke der Fiction sich fügen mußte. Dem alten System wurde künstlich ein neues Glied angesetzt, welches dadurch in seiner freien Bewegung von vorn herein gehemmt war. Statt einer Neuschöpfung mit eigner Lebenskraft bekam man ein in seiner ganzen Existenz abhängiges Rechtsinstitut. Nirgends finden wir daher den neuen Gedanken der Relativität selbständig ausgesprochen und wenn unsere heutigen Romanisten lehren, daß die Publiciana gegen jeden gehe, welcher mit schlechterem Recht als der Kläger besitzt, so ist dies noch ein Rest modernen Anflugs, wovon in den Quellen nichts steht. Die Quellen enthalten nur einen Complex von Regeln, welche, sofern sie über ihren Ursprung Rechenschaft ablegen, sich der Fiction anschließen, soweit dies aber nicht der Fall ist, eine gemeinsame Quelle, wie sie jene Maxime ausspricht, nicht anzugeben wissen. Nur mit Beseitigung der Fiction konnte eine neue selbständige Grundlage gewonnen werden. Da dies nicht geschehen, waren Schwächen unvermeidlich. Als solche sind namentlich zu bezeichnen:

1) Die Publiciana verlangt einen Titel, mag der Besitz des Beklagten auch völlig rechtlos sein. Wer zufällig keine Beweismittel für den Titel hat, oder wessen Besitz so alt ist, daß der Titel in Vergessenheit gekommen, der entbehrt des Schutzes

der dinglichen Klage. Je älter ein Besitz wird, je schwerer also und unwahrscheinlicher der Nachweis des Titels, desto unsicherer wird der Schutz des Eigenthums. Justinian hat zwar hier durch Einführung der außerordentlichen Ersitzung geholfen, aber diese Hülfe ist nur halb, denn sie ist auf die Publiciana nicht ausgedehnt, sie fällt daher ganz weg bei einer nicht voll dreißigjährigen Dauer des Besitzes. Habe ich eine Sache ein Jahr lang besessen, so werde ich wahrscheinlich im Fall eines Verlustes eine dingliche Klage haben, da dann wohl der Titel noch zu beweisen steht; habe ich aber die Sache neunundzwanzig Jahre lang besessen, so werde ich wahrscheinlich keine dingliche Klage haben, da die Beweismittel für den rechtmäßigen Erwerb vermuthlich verloren gegangen sind. Und dennoch liegt es auf der Hand, daß wer so lange besessen hat des Rechtsschutzes viel würdiger ist, als wer nur ein Jahr besessen hat, da bei jenem die Vermuthung für die Rechtmäßigkeit des Besitzes eine viel größere ist. Wer also eine Sache fast dreißig Jahre lang besessen hat und sie verliert, ist dem Finder gegenüber schutzlos, wenn etwa diejenigen Personen inzwischen verstorben sind, die um den redlichen Erwerb wissen[1]).

2) Der Erbe, der selbst noch nicht besessen hat, kann sich zwar der Publiciana aus der Person des Erblassers bedienen, es wird ihm aber in der Regel schwer fallen, den Titel des Erblassers, der ihm vielleicht völlig unbekannt ist, zu beweisen, während der Nachweis, daß der Erblasser besessen hat, in der Regel leicht zu erbringen sein wird und einem rechtlosen Besitzer gegenüber genügen sollte (unten § 59).

3) Die Publiciana ist ausgeschlossen bei gestohlenen und geraubten Sachen und in Ansehung einiger verwandter Fälle. So gerecht dies ist, wenn der neue Erwerber dem Bestohlenen gegenüber steht, so ungerecht erscheint es, falls man sich den red-

1) Die furti actio geht nur auf Strafe, die cond. furt. setzt Beweis des Eigenthums voraus, überdies ist ein Finder, der den Besitz nicht leugnet und nur das Recht des Klägers bestreitet, kein Dieb.

lichen Erwerber als Kläger einem rechtlosen dritten Besitzer gegenüber denkt (§ 67). Wenn schon die Römer bekennen, daß bei der großen Ausdehnung des Diebstahlsbegriffes eine Ersitzung bei beweglichen Sachen kaum vorkommen könne[2]), so mag man ermessen, wie dadurch das Gebiet der Publiciana eingeengt wird.

4) Wenn zwei Usucapions-Besitzer einander gegenüber stehen, so entsteht ein Conflict, der auf dem Standpunkt der Fiction unlösbar ist. Deshalb griffen die Römer in dieser Verlegenheit zu der ultima ratio[3]): melior est conditio possidentis, ein Auskunftsmittel, welches den Knoten in nicht gerechter Weise durchhaut und das Institut seines wohlthätigen Einflusses zur Hälfte beraubt. Wenn auch der Kläger nachweist, daß sein Vorbesitzer vor dem Vorbesitzer des Beklagten und sogar mit einem Titel besessen, so siegt dennoch der Beklagte (unten § 61).

5) In der Publiciana kommt Alles auf den Erwerb des Besitzes an, die Art des Verlustes ist an sich gleichgültig und dennoch scheint es einleuchtend zu sein, daß derjenige, der Entziehung des Besitzes wider seinen Willen nachzuweisen vermag, einen größeren Schutz in Anspruch nehmen kann, als der, welcher sich über die Art des Verlustes nicht ausweisen kann. Die Römer haben denn auch für einzelne besonders hervorstechende Fälle und auf Umwegen diesem Gedanken Geltung verschafft, aber sie gelangten nicht dazu, ihn in seiner Allgemeinheit und principiell anzuerkennen (§ 55 Anm. 17 u. § 64).

Diese Schwächen hatten, wie oben behauptet worden, ihren Grund theils in dem Anschluß der Publiciana an die Ersitzung mittelst der Fiction, theils in der unvollkommenen Ausbildung des Princips der Relativität. Daß nun die Noth-

2) Gaj. II § 50. — § 3 I. de usuc. (2, 6) Unde in rebus mobilibus non facile procedit, ut bonae fidei possessori usucapio competat; nam qui sciens alienam rem vendit vel ex alia causa tradit, furtum ejus committit.

3) Savigny, System VII S. 308.

wendigkeit des Titels und die Unzulässigkeit der Klage in Ansehung der gestohlenen und geraubten Sachen mit der Fiction zusammenhängt, ist ohne Weiteres klar, da die Usucapion nicht fingirt werden kann, wenn die Bedingungen des usucapionsfähigen Besitzes und der usucapionsfähigen Sache fehlen; die Fiction bezieht sich ja nur auf die Vollendung der angefangenen Ersitzung. Außerdem sagen es die Quellen ausdrücklich[4]). Was die Berufung auf den Besitz des Erblassers betrifft, so wird später darüber ausführlich gehandelt werden, in Ansehung des Punktes aber, daß auf die Art des Verlustes keine Rücksicht genommen ist, liegt die Sache ähnlich, wie bei den ersteren Beschränkungen. Wenn nämlich die Publiciana mittelst der Fiction an die Erwerblehre angeschlossen wird, so kommt Alles auf den fingirten Erwerb des Rechts, nichts aber auf die Art des Besitzverlustes an. Der große Spielraum endlich, welchen man dem Satze: melior est conditio possidentis einräumte, war eine Folge der unvollkommenen Auffassung der Relativität. Diese war nur insoweit anerkannt, daß man den Usucapionsbesitzer dem einfachen Besitzer[5]) und den wahren Eigenthümer dem Usucapionsbesitzer[6]) vorzog. Weiter aber ging man nicht, namentlich erkannte man den Vorzug des älteren Besitzes nicht an, nicht einmal im Falle eines Titels, denn obwohl auch gesagt wird, daß unter zwei Usucapionsbesitzern, die ihr Recht von demselben Vorbesitzer ableiten, der ältere vorgeht, so folgt dies schon, wie Puchta[7]) richtig bemerkt hat, aus den Grundsätzen über die replicatio rei venditae et traditae. Wenn daher Manche, namentlich Sintenis (§ 53 I a. E.) bei der Publiciana eine Reihe von relativen Berechtigungen annehmen, so beweist das zwar, wie lebendig in ihnen der moderne Gedanke der Relativi-

4) § 3 Anm. 6.

5) L. ult. D. de Publ. ut potius rem habeat.

6) L. 1 pr. eod. Si non a domino petet u. L. ult. cit.

7) Pand. u. Vorles. § 173 Note h.

tät ist, erscheint aber auf dem Standpunkte des römischen Rechts als reines Phantasiegebilde.

Daß die Römer die Schwächen und Unbilligkeiten ihres Systems nicht so stark empfunden haben, um sich zu eingreifenderen Reformen angetrieben zu fühlen, erklärt sich theils aus ihrer bekannten Zähigkeit in Festhaltung überlieferter Maximen, theils aus dem Einfluß langer Gewöhnung, die alle Zustände erträglich macht, theils endlich aber auch noch in folgender bestimmterer Weise: 1) die Usucapionsfrist war bis Justinian unerhört kurz, ein Jahr für bewegliche und zwei Jahr für unbewegliche Sachen[8]), die Bedingung der Vindication war also sehr leicht vorhanden; freilich erscheint diese Auskunft fast schlimmer als das Übel selbst, weshalb denn auch Justinian sich beeilt, den „miseris dominis", welche vermöge der Usucapion ihr Eigenthum verlieren, durch erhebliche Verlängerung der Frist zu Hülfe zu kommen und einen Zustand zu beseitigen, von dem er sagt: nihil inhumanius erat[9]). 2) Der römische Richter konnte die Thatfrage in freierer Weise behandeln und somit beim Beweise des Titels Rücksichten der Billigkeit und der persönlichen Überzeugung walten lassen, womit man dann noch die Lehre vom putativen Titel verbinden muß (unten § 60, 2 No: 4), um sich ein ungefähres Bild von der römischen Praxis zu verschaffen; 3) gehört hierher die ältere Gestalt des interdictum Utrubi[10]): es wird zwar als interdictum retinendae possessionis bezeichnet, hatte aber in der That sehr häufig recuperatorische Wirkung, denn als gegenwärtiger Besitzer wurde der angesehen, welcher innerhalb des letzten Jahres länger als sein Gegner

---

8) Für Immobilien war indeß die Usucapion fast ganz unpraktisch geworden. Puchta, Instit. § 240.

9) L. un. C. de usuc. transf. (7, 31) u. pr. I. de usuc. (2, 6). Noch in Nov. 9 nennt er die Usucapion ein impium praesidium. cf. übrigens L. 1 D. de usurp. (41, 3) Gajus: quum sufficeret dominis ad inquirendas res suas statuti temporis spatium.

10) Savigny, Bes. § 39. u. S. 526.

besessen hatte; auf welche Weise der Beklagte zum Besitz gelangt war, kam nicht in Betracht, genug, daß er jetzt die Herausgabe der Sache verweigerte, hierin lag schon die formelle Verletzung; bei Berechnung der Zeit fand accessio possessionis statt, ein fehlerhafter Besitz aber wurde gar nicht mitgezählt. Der Kläger also, der nicht mehr im actuellen Besitze war, hatte nur zu beweisen: seinen ehemaligen und des Beklagten gegenwärtigen Besitz sowie die längere Dauer seines früheren Besitzes. Eine solche Klage hat in der That große Ähnlichkeit mit einer dinglichen Klage aus früherem Besitze. Hiermit stimmen denn auch vortrefflich: a) die L. 14 C. de agric. (11, 47 od. 48), welche dem bonae fidei possessor eines flüchtigen Leibeigenen eine Klage gegen den giebt, zu welchem sich derselbe geflüchtet hat, wobei es praktisch ziemlich gleichgültig ist, wie die Klage theoretisch aufgefaßt wurde[11]), und b) die Nachricht bei Petronius (Satyr. c. 13), daß wegen eines verlornen und vom Beklagten aufgehobenen Kleides ein Interdict statt finde; 4) ist die actio quod metus causa zu beachten, insofern sie zu einer dinglichen Klage gegen den dritten Inhaber der dem Kläger abgezwungenen Sache erweitert worden, denn in diesem Falle hat der Kläger nichts weiter zu beweisen, als daß er besessen, daß er den Besitz durch Gewalt oder Drohung eingebüßt habe und daß jetzt der Beklagte besitze[12]). Diese Erweiterung paßt wenig zum römischen System der dinglichen Klagen, weil sie sich nicht an die Erwerblehre anschließt, und ist deshalb einestheils nicht ohne Widerspruch ins Leben getreten[13]), anderentheils vereinzelt geblieben, während es doch an sich nicht undenkbar gewesen

---

11) Savigny, S. 497. Vergl. unten § 28.

12) L. 9 § 4, 7, 8; L. 14 § 3 u. 5; L. 18 D. quod metus (4, 2). L. 3 C. eod. (2, 20).

13) § 5 cit. Unde quidam putant, bonae fidei emtorem ab eo, qui vim intulit, comparantem non teneri, nec eum, qui dono accepit, vel cui res legata est. Sed rectissime Viviano videtur, etiam hos teneri, ne metus, quem passus sum, mihi captiosus sit . . . nam in alterius praemium verti alienum metum non oportet. S. übr. unten § 18.

wäre, die Klage auf alle Fälle widerrechtlicher Besitzergreifung auszudehnen[14]).

Trotzdem wird man nicht fehlgehen, wenn man behauptet, daß auch schon den Römern das Bewußtsein der Unzulänglichkeit ihres Eigenthumsschutzes nahe getreten ist. Hierauf deuten folgende Umstände hin.

In mehrfacher Beziehung wurde nämlich die Consequenz dem praktischen Bedürfniß geopfert. So ließ man die Publiciana ohne Rücksicht auf den dolus des Verkäufers zu[15]), gestattete dieselbe auch in Ansehung gewisser von der Usucapion ausgenommener Sachen[16]). Dies beweist, daß die Fiction der Ersitzung Schwierigkeiten bereitete, die man empfand, keineswegs aber beweist es, was man daraus hat schließen wollen, daß diese Fiction allmälig ganz aufgegeben sei, zumal diese Abweichungen sich zum Theil selbst als solche geben. Ferner ist die Unsicherheit der Römer in Behandlung des unter 4 erwähnten Collisionsfalles bemerkenswerth (§ 61), welche darauf hinweist, daß die Wissenschaft den festen Boden vermißte, wie denn überhaupt die ganze Lehre von der bonae fidei possessio sich nicht grade in vortheilhafter Weise auszeichnet[17]). —

Zweiter Abschnitt.

Rechtsschutz des Eigenthums bei den Germanen.

§ 5.

I. Im Allgemeinen.

Die Römer haben das Problem des Eigenthumsschutzes durch Schöpfung der Lehre vom Erwerbe des Eigenthums zu

14) Es fehlt nicht an Analogieen, s. L. 1 § 13 D. quod legat. (43, 3).

15) Unten § 60, 2 No. 3 u. § 67, Anm. 8 flg.

16) L. 12 §. 2 u. 3 D. de Public.

17) Ihering a. a. O., namentlich S. 107 flg.

lösen versucht und den Nachweis eines Erwerbactes zur Bedingung der Vindication gemacht. Den Germanen ist die Lehre vom Erwerbe des Eigenthums in diesem römischen Sinn unbekannt. Diese Behauptung ist nicht so zu verstehen, als ob ihnen der Begriff des Eigenthums, was man wohl früher behauptet hat, gefehlt habe. Die Vorstellung des Eigenthums gehört dem Recht an, die Lehre vom Erwerbe desselben der Rechtswissenschaft. Noch heute werden die meisten gebildeten Layen, welche eine sehr deutliche Vorstellung vom Mein und Dein haben, jene Lehre kaum zu verstehen im Stande sein. Wenn man sie fragt, wie der Mensch Eigenthum erlangt, so werden sie nicht die Erwerbarten angeben, sondern, wie der Verfasser des Richtsteigs [1], die verschiedenen Weisen aufzählen, wie jemand zum Besitz einer Sache auf rechtliche Weise gelangt. Das Mein und Dein, sowie der redliche Erwerb ist das Erste, die Erwerbart im technisch-juristischen Sinne ist erst das Zweite, ein Kunstwerk, dessen Schöpfung nicht den Germanen angehört. Uns Juristen, die wir bei den Römern in die Schule gegangen sind, ist die Vorstellung vom Erwerbe eine so geläufige, daß wir gar nicht mehr im Stande sind, uns einen Rechtszustand zu denken, in welchem sie gefehlt hat und daß wir kaum ahnen, welche Abstraction und welche Arbeit des Geistes dazu gehörte, diesen Begriff in die Wissenschaft einzuführen.

Also die Germanen haben das Eigenthum gekannt, wenngleich sie die Sache zu umschreiben pflegen und ein Kunstausdruck erst allmälig auftritt [2], aber die Erwerbarten haben sie nicht gekannt. Zum Beweise dient zunächst der Umstand, daß nirgend in den Quellen die Sache in ihrer Allgemeinheit auch

1) c. 11. Nun wiesz, das die farrenden habe kummet ausz von sechserley weise; zum ersten kummet sie davon: eyntzweder wir finden ader kauffen sie, ader sie wirt uns gegeben ader wir jagen sie dieben ader rawbern abe, ader sie erbet an uns, ader wir ziben sie ader tzewgen sie selber.

2) Homeyer, S. 424. Budde, p. 3. Beseler II § 81 Anm. 3.

nur andeutungsweise berührt wird; denn daß die Stellen, welche man wohl bei dieser Gelegenheit anzuführen pflegte, eine ganz andere Bedeutung haben, wird jetzt schwerlich mehr bestritten werden[3]). Der Beweis läßt sich aber im Einzelnen noch spezieller liefern. In Bezug auf Occupation herrenloser Sachen und gewisse Fälle der Accession muß nun zwar zugegeben werden, daß mehrfache Aussprüche der Quellen angeführt werden können, welche sich in die entsprechende römische Lehre einreihen ließen[4]). Allein dieser Umstand ist nicht geeignet, jene Behauptung zu erschüttern. Die Anschauungen, daß ein wildes Thier dem gehört, der es fängt, daß eine neu entstehende Insel zu dem nächst belegenen Grunstück gehört, und dergl. mehr, sind natürliche, welche sich von selbst darbieten, sobald der Begriff des Eigenthums da ist. Die Frage ist nur, ob jene natürliche Anschauung zu einem juristischen Begriff von allumfassender Bedeutung erweitert worden ist und dies muß geleugnet werden. Das Eigenthümliche der Erwerblehre besteht in der absoluten Kraft des Erwerbactes und grade in dieser Beziehung begegnen wir entgegengesetzten Vorstellungen. Hierher gehören: 1) die Specification. Diese ist entschieden nicht als Erwerbart behandelt. Zwar kann sich der Beklagte durch die Behauptung schützen, er habe das Gewand, das ihm abgefordert wird, selbst machen lassen[5]), aber dieser Schutz zerfällt, wenn der Kläger das Eigenthum des Stoffes ansprechen kann[6]), während doch die absolute Erwerblehre nur ein Entweder Oder gestattet. 2) Der Fruchtgewinn. Das Junge eines Thieres wird nach römischem Recht Eigenthum dessen, der das Mutterthier in gutem Glauben besitzt[7]), bei den Germanen kann sich zwar wie-

---

3) Lex Bajuv. XV, 11. — Sächs. Ldr. II, 36. — Richtst. Ldr. 11. — Budde, p. 12.

4) Kraut, § 97.

5) Unten § 8 No: 4.

6) Unten § 8 a. E.

7) L. 28 D. de us. (22, 1). — L. 48 § 6 D. de furtis (47, 2). — L. 48 § 2 D. de A. R. D. (41, 1). Die unter Umständen eintretende Resti-

derum der Beklagte mit der Einrede schützen, er habe das Vieh in seinem Stalle aufgezogen[8]), aber es wird ihm mit Erfolg entgegnet werden können, der Kläger sei Eigenthümer des Mutterthieres gewesen[9]). Also auch hier fehlt das Kriterium des absoluten Erwerbes. In anderer Beziehung aber scheint die Lehre von der Frucht grade geeignet zu sein, die hier aufgestellte Ansicht zu widerlegen. Das germanische Recht nämlich hat in Ansehung der Frucht Grundsätze entwickelt, welche zwar mit dem römischen Recht nicht übereinstimmen, aber doch den Erwerb des Eigenthums an der Frucht zu betreffen scheinen. Es wird dem Nichteigenthümer eines Grundstückes in verschiedenen Verhältnissen die Frucht zugesprochen, falls er zur Gewinnung derselben gewisse Vorbereitungen getroffen hat, er kann insbesondere, wenn er zur Zeit der Erndte den Besitz der Sache bereits zurückgewährt hat, auf Ersatz des Aufwandes für Saaten und Ackerarbeiten Anspruch machen, ja sogar verlangen, daß ihm selbst das Einerndten, sei es mit oder ohne Vergütung gestattet werde. Hieraus folgert man nun, daß er Eigenthümer der Frucht auch vor der Trennung derselben vom Boden sei[10]) und dies scheint um so begründeter zu sein, als in den Quellen Ausdrücke vorkommen, welche gradezu auf Eigenthumserwerb hindeuten[11]). Allein bei näherer Betrachtung dient diese Lehre nur zur Bestätigung des hier verfochtenen Satzes. Die Frucht kann nur, nachdem sie vom Boden getrennt worden, Gegenstand eines selbständigen Eigenthums sein. Dies ist nicht bloß römisch, sondern es liegt in der Natur der Sache. Niemand wird behaupten wollen und beweisen können, daß der, welchem die Frucht zukommt, wenn er den Besitz des Grundstücks vor der Erndte verloren und

---

tutionspflicht ist obligatorisch. Dies ist wenigstens die gemeine und gewiß richtige Meinung.

8) S. unten § 8 No: 3.

9) § 8 a. E.

10) Heimbach, Lehre von der Frucht. 1843, S. 270 flg.

11) S. z. B. Sächs. Ldr. III, 76 § 4: die sat is ires mannes. — II, 46 § 3: he behalt die sat.

der Nachfolger die Früchte geerndtet und veräußert hat, ein Vindicationsrecht gegen den dritten Besitzer habe, man wird ihn mit seinem Anspruch an den Veräußerer verweisen. Mithin will jene Lehre nichts weiter besagen, als daß dem, welcher die Frucht verdient hat, ein persönlicher Anspruch gegen den Andern zukommt; es wird nur eine Grundlage für das Geschäft der Auseinandersetzung zwischen dem abgehenden und zuziehenden Besitzer gegeben und wenn die Quellen sagen, wessen die Saat ist, so ist dadurch nur in der Ausdrucksweise des gemeinen Lebens bestimmt, welchem von jenen beiden bestimmten Personen der Ertrag zufließen soll. 3) Die Tradition überträgt nur dann Eigenthum, wenn der Tradent Eigenthümer ist. So das römische Recht; von derselben Anschauung scheint das germanische Recht auszugehen, denn es wird gesagt, daß es nicht genügt, wenn der Erwerber seinen Vorbesitzer nennt, es muß vielmehr durch die ganze Reihe der Vorbesitzer zurückgegangen werden bis auf einen gewissen Punkt. Auf dem Standpunkt der Erwerblehre kann nun nicht eher Halt gemacht werden, als bis man auf den wahren Eigenthümer trifft. Aber die Quellen bestimmen diesen Endpunkt ganz anders: man soll so lange zurückgehen, bis man auf den kommt, der das Vieh in seinem Stalle aufgezogen oder das Gewand selbst gemacht hat (§ 8 No: 7). Nun ist aber so eben gezeigt worden, daß Specification und Fruchtgewinn nicht als Erwerbarten behandelt sind, mithin ist es auch die Tradition nicht, deren Wirksamkeit auf jene Thatsachen zurückgeführt wird. 4) Die Ersitzung ist, wie jetzt wohl ziemlich allgemein anerkannt wird, dem germanischen Recht unbekannt. Dies ist ein recht starker Beweis, denn kein Recht, dessen Eigenthumsschutz auf dem Eigenthumserwerbe beruht, kann, wie bereits § 1 gesagt worden, der Acquisitiv-Verjährung entbehren, ohne diesen Schutz in sein Gegentheil zu verkehren. Die Extinctiv-Verjährungen des germanischen Rechts geben gewiß dem Besitzer einen recht kräftigen Schutz, aber sie haben mit der Erwerblehre keine Gemeinschaft. Wer ein Grundstück nach erfolgter Auflassung Jahr und Tag besessen hat, erlangt

die rechte Gewere, aber diese rechte Gewere ist nicht absoluter und ausschließlicher Natur. Es können zwei an derselben Sache die rechte Gewere erlangt haben, Dritten gegenüber sind Beide gleich bevorzugt, streiten sie unter einander, so siegt die jüngere Gewere [12]). Es kann ferner sein, daß jemand gewissen Personen gegenüber, die zeitig Widerspruch erhoben haben oder durch echte Noth daran verhindert waren, die rechte Gewere nicht hat, während er sie allen anderen gegenüber allerdings hat [13]), jedoch wieder mit dem Unterschiede, daß, wenn die Auflassung im ungebotenen Echteding stattgefunden, die Gegenwärtigen sich sofort, Abwesende erst nach Jahr und Tag verschweigen [14]). Die Usucapion giebt absolutes Eigenthum; in gewissen Fällen findet zwar Restitution statt, aber diese ist eben auch nothwendig. Nach dem Vorbild der rechten Gewere sind jedenfalls die Fälle ähnlicher Art behandelt, welche bei beweglichen Sachen vorkommen und es ist sicher unrichtig, wenn man in ihnen eine wahre Ersitzung hat finden wollen [15]).

Es ist nun weiter behauptet worden, das germanische Recht kenne nicht bloß römische Erwerbarten, sondern es habe deren sogar einige mehr als das römische Recht. Hierher rechnet man 5) die Auflassung. Daß diese in der modernen Entwicklung einen derartigen Character angenommen hat, ist unzweifelhaft [16]), früher aber wirkte sie nur rechte Gewere und deren relative Natur ist so eben dargestellt. 6) Noch mißlicher steht es mit der Behauptung, daß Erbschaft eine Erwerbart gewesen sei [17]). Allerdings gewährt Erbschaft unter Umständen, wie sich zeigen wird, einen wirksamen Rechtsschutz, aber dieser Schutz

---

12) Albrecht, S. 119.

13) Richtst. Ldr. 27. — Sächs. Ldr. II, 44 § 1. — Gosl. Stat. S. 27 Z. 11 - 14. — Verm. Sachsensp. I, 20 d. 16; 43 d. 5; II, 1 d. 1. — Bayr. Ldr. Heum., S. 105. — Planck, Zeitschr. S. 280.

14) Beseler II § 89. Anm. 7.

15) So Budde, p. 23 flg.

16) S. Beselers vortreffliche Darstellung § 88 u. 89, Syst. II.

17) Eichhorn, D. St. u. R.-Gesch. § 357.

ist relativer Art, insbesondere giebt Erbschaft kein Eigenthum an fremden Sachen. Denn es wird gesagt, daß der Erbe fremde im Nachlaß befindliche Sachen herausgeben soll[18]), daß sie ihm abgewonnen werden können[19]) und daß seine Gewere überall nur die ist, welche der Erblasser hatte, wie denn auch die auf Erbfolge beruhende rechte Gewere nur gegen Erbansprüche Anderer schützt[20]).

Ein weiterer und, wie es scheint, entscheidender Beweis für die Eingangs aufgestellte Behauptung liegt nun aber darin, daß überall kein Bedürfniß nach einer Erwerblehre vorhanden war. Dies folgt schon daraus, daß Regeln über Erwerb fehlen, denn man ist jetzt wohl von dem Vorurtheil zurückgekommen, daß dergleichen durch die angebliche Armuth des deutschen Rechts an Rechtsregeln überhaupt erklärt werden könne. Es läßt sich ferner an einer recht auffallenden Thatsache zeigen, daß den Germanen nichts ferner lag, als die Frage des Eigenthumserwerbes. Wer seine bewegliche Sache einem Dritten anvertraut hat, kann dieselbe nach dem bekannten Sprichwort Hand wahre Hand von anderen Personen, die sie redlicher Weise erworben haben, nicht zurückfordern. Auf dem Standpunkt der Erwerblehre ist nun die nächste Frage die, ob denn der spätere Erwerber Eigenthümer geworden und der frühere Besitzer aufgehört habe, Eigenthümer zu sein. Unsere Vorfahren fühlten sich so wenig zu dieser Betrachtung veranlaßt, daß man vergeblich nach bestimmten Erklärungen der Quellen hierüber forscht und noch heute streitet, ob eine Eigenthumsveränderung anzunehmen sei[21]). Der Grund, weshalb die Germanen kein Bedürfniß fühlten, Erwerbregeln zu entwickeln, ist folgender. Bei den

---

18) Sächs. Ldr. III, 31 § 2. — Schwabensp. 58. — Gosl. Stat. S. 10, Z. 15, 16; S. 100, Z. 9—11. — Kl. Kaiserr. II, 104. — Stat. Stad. III, 3; Stat. Rig. 46 (Puf. Observ. App. I, S. 187 u. III S. 139).

19) Sächs. Ldr. II, 44 § 2.

20) Albrecht, S. 106, 107.

21) Budde, p. 36 u. 64.

Römern beruhte der Schutz des Eigenthums auf dem Erwerbe, mithin mußten sie sich über die Erwerbgründe klar zu werden suchen, bei den Germanen aber hatte dieser Schutz eine andere Grundlage, mithin hatten sie dies Bedürfniß nicht.

Das germanische System des Eigenthumsschutzes kennen zu lernen ist die Aufgabe der nachfolgenden Untersuchung. Dazu müssen wir vor allen Dingen das Gebiet des materiellen Rechts verlassen und uns auf das Gebiet des Prozesses begeben[22]). Der Schwerpunkt des römischen Eigenthumsschutzes liegt im Privatrecht, der Schwerpunkt des germanischen Eigenthumsschutzes liegt im Prozeß. Schon die Römer haben sich, wie gezeigt worden ist, genöthigt gesehen, zu prozessualischen Motiven zu greifen, aber sie thaten es als einen Schritt der Noth, über dessen Bedeutung sie sich gleichsam selbst täuschten. Der Gegensatz ist nur der, daß die Germanen die prozessualische Construction zum Princip, und zwar zum ausschließlichen Princip erheben. Damit soll aber wieder nicht gesagt sein, daß das Eigenthum selbst nicht Fundament des Eigenthumsschutzes gewesen sei, das Wesen des Gegensatzes liegt vielmehr im Beweise des Eigenthums.

Das Characteristische des germanischen Eigenthumsprozesses liegt darin, daß der Prozeß der Regel nach durch den Parteieneid entschieden wird. Dieser Eid, daß die Sache, um welche gestritten wird, Eigenthum des Schwörenden sei, liefert den Beweis des Eigenthums und ersetzt den Beweis des Erwerbes. Nun ist es klar, daß eine Erwerblehre kein Bedürfniß sein konnte. Denn wenn ich berechtigt bin, mein Eigenthum zu beschwören, so ist es gleichgültig, wie ich es erworben habe, während es umgekehrt überflüssig ist, diesen Eid zu verlangen, wenn ich den Erwerb bewiesen habe. Je entschiedener aber der Erwerb zurücktritt, desto mehr tritt etwas anderes in den Vordergrund, nämlich die Frage, welche von beiden Parteien zum Eide zu verstat-

---

22) Vergl. des Verfassers Abh. in der Zeitschr. XIV, S. 207 flg. Der Schutz des Eigenthums und des Besitzes nach älterem deutschen Rechte. 1854.

ten ist. Der Kampf um diesen Vorzug bildet den eigentlichen Kern des Prozesses und wird durch ein eigenes Erkenntniß entschieden, welches für den Ausgang des Prozesses im Wesentlichen maaßgebend ist[23]). Diejenigen Grundsätze, welche hierbei gelten, bilden eine dem germanischen Recht eigenthümliche Lehre: die Lehre vom Beweisrecht und diese löst auf prozessualischem Wege dasselbe Problem, welches die römische Erwerblehre auf dem Gebiete des materiellen Rechts gelöst hat.

Dies Verhältniß wird in der Folge sich noch klarer herausstellen, hier mag dasselbe zunächst an einem Beispiel aus dem Richtsteig Landrechts anschaulich gemacht werden. Im Kap. 17 streiten Zwei um eine bewegliche Sache. Der Kläger führt an, die Sache sei ihm gestohlen, der Beklagte führt an, er habe das Vieh selber aufgezogen oder das Gewand selber wirken oder machen lassen. Weder das, was der Kläger angeführt hat, noch das, was der Beklagte angeführt hat, stellt einen Erwerbact dar, der Richter maaßt sich aber auch gar nicht an, entscheiden zu wollen, wer von ihnen das Eigenthum erworben habe, er spricht bloß aus, der Beklagte sei näher zum Eide, und dieser Eid erst entscheidet, zwar nicht über den Erwerb, wohl aber über die Existenz des Eigenthums in der Person des Schwörenden. Von unserm heutigen Erfüllungseid unterscheidet sich dieser Eid sehr wesentlich, denn der Erfüllungseid ergänzt nur, was am Beweise der Thatsachen fehlt, die den Erwerbact darstellen, der Parteieneid aber bezieht sich auf das Vorhandensein des Rechts ohne Rücksicht auf die Art der Entstehung.

Daher rührt denn auch der eigenthümliche Sprachgebrauch der Quellen. Grade diejenigen Stellen, in welchen man Grundsätze über Eigenthumserwerb hat finden wollen, sagen nicht, der, welcher sich auf gewisse Thatsachen berufen könne, sei als Eigenthümer anzusehen, sondern sie sagen, er sei näher zum Eide, näher, die Sache zu behalten, er könne sich der Sache unterwin-

---

23) Planck, Beweisurtheil, 1848, bes. § 6—10. Auch in der Zeitschr. X, S. 205 flg.

den, sich zu ihr ziehen u. s. f., kurz sie legen ihm nur eine prozessualische Befugniß bei.

Hiernach bietet der Prozeß, und das ist gewiß schlagend, nicht einmal eine Stelle dar, wo die Erwerblehre sich hätte geltend machen können, denn der Eid ist nicht auf den Erwerb sondern auf die Existenz des Rechts gerichtet und das Beweisrecht regelt sich nach Grundsätzen, die im graden Gegensatz zu dem absoluten Character der Erwerblehre stehen.

Das Beweisrecht hat eine zwiefache Grundlage, eine formelle und eine materielle. In ersterer Beziehung nämlich giebt es einen Vorzug für den Theil, der den besseren Beweis anbietet. Hierher gehören: das Gerichtszeugniß und die leibliche Beweisung, woran sich in späterer Zeit der Urkundenbeweis anschließt. Liegt ein solcher Beweis vor, so wird häufig das definitive Erkenntniß ohne vorgängigen Parteieneid erlassen sein[24]. Bieten aber beide Theile nur ihren Eid und den Eid der Mitschwörenden an, dann müssen andere Grundsätze entscheiden. Man hat sich vielfach bemühet, für diesen Fall einen allgemeinen Grundsatz aufzufinden. Albrecht[25]) stellt als Regel auf, daß der Beklagte zum Eide verstattet sei und dies ist seitdem gemeine Meinung[26]). Planck[27]) will dem Angegriffenen, der nach Umständen der Kläger oder der Beklagte sein kann, den Vorzug gewähren, Sachse[28]) aber unterscheidet, ob von einseitigen Handlungen einer Partei die Rede ist, oder ob beide Theile bei der fraglichen Handlung thätig gewesen sind; im ersteren Fall soll die betreffende Partei, deren Handlung es gilt, den Vorrang haben, sei es, daß sie behauptet oder daß sie leugnet, im letzteren

---

24) S. z. B. das Erk. von 1456 betr. das Dorf Breege auf Wittow bei Kosegarten, S. 263. Desgl. Verm. Sachsensp. I, 43 d. 2. a. E.

25) Doctr. de Prob. p. I (1825) p. II (1827).

26) Homeyer, § 83; Budde, § 11 und Bruns, S. 288, Anm. 1. Vergl. jedoch S. 307, Anm. 2.

27) Zeitschr. X, S. 205 flg. — Beweisurtheil § 5.

28) Das Beweisverfahren nach deutschem Rechte 1855 § 24—26.

Fall soll der Fordernde vorgehen, ausgenommen gewisse Rechtsverhältnisse, die er rein consensuelle nennt. Alle diese Bemühungen sind wohl vergeblich[29]). Dergleichen allgemeine, das Criminalrecht und das Civilrecht, die dingliche und die persönliche Klage gleichmäßig umfassende Regeln giebt es schwerlich. Die Regeln, auf die es hier ankommt, sind concreter Natur, sie schließen sich an das spezielle Rechtsinstitut, um dessen Dasein es in jedem einzelnen Falle sich handelt, an und müssen durch Spezialuntersuchungen ermittelt werden, welche dann aber auch nicht bloß prozessualische Resultate liefern, sondern mitten in das materielle Recht hineinführen, das erst von diesem Punkte aus wahrhaft zu verstehen ist[30]).

II. Die Gewere als Grundlage des Beweisrechts.

§ 6.

1. Im Allgemeinen.

Die Grundlage des Beweisrechts auf dem Gebiete des Eigenthumsschutzes ist die Gewere, die Gewere im einfachen Sinne des factischen Besitzes. Hierdurch, aber auch nur hierdurch ist die Gewere Grundlage des gesammten Sachenrechts. Denn wenn der Schutz des Eigenthums vom Recht zur Beweisführung, dieses aber von der Gewere abhängt, so wird sie dadurch in demselben Sinne zum Mittelpunkt des Sachenrechts, wie bei den Römern die Lehre vom Erwerbe des Eigenthums diesen Mittelpunkt bildet.

Die Gewere also ist die Grundlage des Beweisrechts; das heißt mit anderen Worten: der Besitzer ist näher zum Eide als der Nichtbesitzer. Der Grund ist der, daß im Allgemeinen, wie man später sagte, aus dem Besitze eine Präsumtion für das Ei-

29) Vergl. des Verf. cit. Abh. § 3.

30) Vergl. für das Obligationenrecht Stobbe: Zur Gesch. d. D. Vertragsrechts. 1855. Abh. I, § 5 u. 6 und Heimbach in d. Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. N. F. XIII, S. 91 flg.

genthum entspringt und diese Präsumtion ist so stark, daß sie dem, welchem sie zu statten kommt, das Beweisrecht verschafft[1]). Dieser Grundsatz scheint zunächst dem römischen Recht völlig zu entsprechen, welches den Besitzer von der Klage losspricht, wenn der Kläger sein Recht nicht zu beweisen vermag. Allein diese Auffassung, so allgemein sie heute angenommen wird, ist irrthümlich. Das römische Recht bezieht diesen Vorzug des Besitzes ausschließlich auf den gegenwärtigen Besitz, das germanische Recht läßt ihn auch dem ehemaligen Besitze zu statten kommen. Auch der, welcher jetzt nicht besitzt, aber früher besessen hat, kann sich auf den Vorzug des Besitzes berufen. Streiten nun zwei Besitzer miteinander, ein ehemaliger und ein gegenwärtiger, so entsteht ein Conflict, dieser aber wird durch die Regel gelöst, daß der ehemalige Besitzer dem gegenwärtigen Besitzer vorgeht. Diese Regel ist dem römischen Recht unbekannt. Zwar lassen sich, wie gezeigt worden ist, Usucapion und Publiciana aus einem Gesichtspunkt auffassen, der sich dieser Auffassung bis auf einen gewissen Grad nähert, aber auch nur bis auf einen gewissen Grad, denn der ehemalige Besitz allein hat niemals eine rechtliche Wirkung, es muß immer noch etwas hinzutreten, sei es eine gewisse Dauer dieses Besitzes, sei es ein gewisser Rechtsgrund oder sei es Dauer und Rechtsgrund zusammen. Der Vorzug des ehemaligen Besitzes, als solcher, ist germanischen Ursprungs.

Gegen denselben läßt sich, auch wenn man ihn an sich als möglich und berechtigt anerkennt, folgender Einwand erheben. Der gegenwärtige Besitz des Beklagten nämlich ist gewiß, der frühere Besitz des Klägers aber ist ungewiß. Mit Recht ver-

1) Sächs. Ldr. III, 32 § 6. Sve die gewere hevet an enem manne, die mut ine mit mereme rechte vertügen, denn jene die ir darvet. Schwabensp. 294. Kl. Kaiserrecht (Endemann II, 108): da zwen kriegen um gut, daz nieman kuntlich ist dar um, un jener doch inne hat, dez ez zu recht nit sin sal, der sal ez nach dez keysers recht behalden, biz fur des keisers ougen. (S. unten § 12, Anm. 1.)

langen daher die Römer, daß der Kläger den ehemaligen Besitz, sowie die sonstigen Erforderniſſe beweiſe. Dieſe Garantie fehlt im germaniſchen Prozeß. Der Kläger kommt auf ſeine einfache Behauptung hin, daß er beſeſſen habe, zum Eide über das Eigenthum. Die Lage der Sache iſt alſo eine ganz andere. Dieſer Einwand läßt ſich zunächſt gegen das germaniſche Beweisrecht überhaupt erheben und findet dann ſeine allgemeine Erledigung darin, daß die Partei nicht allein ſondern mit Eideshelfern ſchwört und daß hierin eine ſtarke Garantie für die Aufrichtigkeit des Klägers liegt. Es kommen aber noch ſpezielle Momente in Betracht. Während nämlich die eigentlichen Eideshelfer Perſonen ſind, auf deren Kenntniß von dem Beweisthema es gar nicht ankommt, die nur auf Grund ihrer moraliſchen Überzeugung von der Reinheit des Haupteides der Partei einen Schwur, und zwar nach der Ableiſtung des Haupteides dahin leiſten, „daß dieſer Eid rein und nicht mein ſei", ſo werden ſchon frühzeitig Mitſchwörende erwähnt, die ſich mehr dem Begriff der heutigen Zeugen nähern, indem von ihnen eine ſpeziellere Kenntniß der Sachlage verlangt wird und ihre Ausſage und ihr Eid dem Haupteide der Partei voraufgehen muß. Solche Mitſchwörende nun kommen grade bei Beſitzfragen vor und geben hier die vermißte Garantie.

Sächſ. Ldr. II, 36 § 4. unde jene behalt sin gut dat ime verstolen oder afgerovet was, of he sik dar to tiüt uppe'n hilgen selve dridde vulkomener lüde an irme rechte, die dat weten, dat it ime düflike oder roflike geloset si[2]).

Noch wichtiger aber iſt endlich der Umſtand, daß der Beklagte durch Anſprechen der ſtärkeren Gewere den Vorzug der älteren Gewere brechen und ſomit ſich leicht das Beweisrecht verſchaffen kann, wenn er auf redliche Weiſe zum Beſitze gelangt iſt.

Dieſe ſtärkere Gewere beruhet auf mehrfachen Momenten. Die nächſte Betrachtung, die ſich darbietet, iſt folgende. Der

2) Sachſe, Beweisverfahren, beſ. § 5 u. § 11 flg. — Stobbe, S. 72, Anm. 5. Goslar. Stat. S. 100 Z. 8 den dat witlik si.

frühere Besitz des Klägers und der gegenwärtige Besitz des Beklagten müssen, sei es durch ein einfaches Ereigniß, sei es durch eine Kette von Ereignissen mit einander in Verbindung stehen. Vermag nun der Beklagte zu behaupten und Beweis dafür anzubieten, d. h. zu schwören und taugliche Personen zu gestellen, die mit ihm schwören, daß er die Sache auf redliche Weise vom Kläger erworben, so gebührt ihm der Vorrang. Dies ist eine Art der möglichen Vertheidigung, eine zweite beruhet auf der Verschweigung, d. h. auf der Exstinctiv-Verjährung. Wer ein Grundstück unter gewissen Voraussetzungen erworben und eine gewisse Zeit hindurch besessen hat, erlangt die rechte Gewere und damit das Recht, jeden Anspruch dritter Personen abzuweisen. Ähnliches gilt bei beweglichen Sachen, welche der Besitzer gefunden, Dieben abgejagt oder sonst zufällig bekommen hat, falls dieselben öffentlich aufgeboten sind und eine gewisse Zeit nach dem Aufgebot verlaufen ist. Bei diesen beiden Arten der Vertheidigung wird der frühere Besitz des Klägers anerkannt oder wenigstens dahingestellt. Anders steht es mit einer dritten Art. Der Beklagte hat nämlich auch dann eine stärkere Gewere, wenn er zu behaupten vermag, daß er die Sache selbst gefertigt oder das Thier in seinem Stalle aufgezogen hat u. s. f. Damit kann die Angabe des Klägers, früher besessen zu haben, nicht bestehen. Der Beklagte leugnet also diesen früheren Besitz, behauptet aber zugleich seinerseits einen Erwerb der Sache, der ihm den Vorrang sichert. Diese Fälle nähern sich den originären Erwerbarten des Eigenthums im römischen Recht und haben in Verbindung mit den Fällen der zweiten Vertheidigungsart zu der Meinung Veranlassung gegeben, daß das germanische Recht Grundsätze über Erwerb des Eigenthums entwickelt habe.

Der Kläger kann sich nun aber ebenfalls auf solchen Erwerb gründen und dann, aber auch erst dann, wird für den Beklagten, um seines gegenwärtigen Besitzes willen gesprochen.

Aus dieser vorläufigen Übersicht ergiebt sich, daß der Vorzug der Gewere eine bestimmte und zwar relative Gliederung hat, sowie daß diese Relativität im Allgemeinen folgende drei Grade hat:

1) die ältere Gewere geht der jüngeren vor;

2) die stärkere Gewere geht der älteren vor;

3) ist die Gewere auf beiden Seiten gleich stark, so entscheidet die jüngere (hebbende) Gewere.

Diese Sätze sind nun einzeln aus den Quellen zu beweisen.

§ 7.

2. Vorzug der älteren Gewere.

Daß die ältere Gewere der jüngeren vorgehe, ist ein Fundamentalsatz des germanischen Rechts, der alle Rechtssphären durchdringt, durch alle Zeitalter sich hindurchzieht und, wie sich später zeigen wird, beim Zusammenstoß mit dem fremden Recht sich zu erhalten gewußt hat, aber grade deshalb, weil er Allen gegenwärtig und lebendig war, in Gestalt einer allgemeinen Rechtsregel nicht ausgesprochen wird. Was früher nie bezweifelt wurde, muß daher heute künstlich bewiesen werden. Indessen ist doch das An- und Wiederklingen dieses Rechtssatzes in den verschiedensten Anwendungen so hörbar, daß kaum jemand sich dem zusammenwirkenden Einflusse aller dieser Momente hat entziehen können. Vor Allen aber hat Albrecht[1]) diesen Zusammenhang erkannt und sich durch energische Geltendmachung desselben ein unvergängliches Verdienst erworben, ihm aber sind die Andern, mehr oder weniger willig gefolgt[2]). Weil aber Albrecht die Gewere, statt ihr im Beweisrecht die gebührende Stelle anzuweisen, als dingliches Recht behandelt, so hat seine Lehre Anfechtungen erfahren müssen, die eine selbständige Begründung jenes Satzes hier nothwendig machen. Zu diesem Zweck sollen jetzt die verschiedenen Anwendungen und Erscheinungen der Regel dargelegt werden[3]).

---

1) Gewere, § 13.

2) Homeyer, S. 402, 618. — Planck, Zeitschr. S. 288. Bew. Urth. S. 45. — Bruns, S. 307, Anm. 2.

3) Abgesonderte Darstellung nach Zeit und Ort ist in dieser Lehre kein Bedürfniß, da die allgemeinen Grundsätze, auf die es hier ankommt, sich im

Zunächst muß auf eine Eigenthümlichkeit des germanischen Eigenthumsprozesses hingewiesen werden, die von jeher bemerkt worden ist. Während nämlich das römische Recht vom Kläger verlangt, daß er etwas thue, um sich den Sieg zu verschaffen, scheint im Gegentheil das germanische Recht davon auszugehen, daß es grade der Beklagte ist, dem eine solche Thätigkeit obliegt. Die Hauptstellen sowohl der alten Volksrechte und des nordischen Rechts sowie der Quellen des deutschen Mittelalters sprechen nicht davon, wie der Kläger anzusprechen, sondern davon, wie der Beklagte sich zu vertheidigen habe[4]). Wenn Bruns S. 286 den Grund in der Beschaffenheit der Quellen sucht, so fragt man doch wohl billig, weshalb denn die Quellen diese Beschaffenheit haben? Der germanische Prozeß, wird man erwiedern, kennt keine Beweislast, sondern nur ein Beweisrecht; da dieses nun der Regel nach dem Beklagten gebührt, so muß die Vertheidigung in den Vordergrund treten; Beweislast des Klägers und Beweisrecht des Beklagten sind nur prozessualisch verschiedene Äußerungen desselben rechtlichen Grundgedankens, daß der Besitzer den Vorzug habe[5]). Diese Erklärung würde genügen, wenn das bloße Behaupten des Eigenthums und das bloße Erbieten zur Beschwörung desselben auf beiden Seiten gleiche Kraft hätte. Dem ist aber nicht so. Der Kläger hat genug gethan, wenn er Eigenthum behauptet, nur bei beweglichen Sachen muß er aus Gründen, die hier nicht interessiren, auch noch Verlust des Besitzes wider Willen behaupten können. Der Beklagte aber hat nicht genug gethan, wenn er Eigenthum

---

Wesentlichen gleich bleiben, weshalb z. E. Bruns in seinen §§ 37 u. 38 eigentlich dasselbe vorträgt.

4) Lex Bajuvar. XV, 11. — Stellen des Nord. R. bei Bruns, S. 287 flg. — Sächs. Ldr. II, 36. — Richtst. 11. — Alt. Bair. Ldr. (Heumann) S. 102. — Über Art. 118 des Stadtr. von Gent vergl. Zeitschr. XIV, S. 262. — Brünner Schöffenbuch, 99 (exceptio firmat regulam). — S. auch unten § 8 z. E.

5) Esmarch, Kieler Monatsschrift Dez. 1853, S. 1035.

behauptet[6]), er muß vielmehr angeben, wie er zu der Sache gekommen ist. Als Beispiele kommen in den oben angeführten Stellen vor: Erbeutung, Ererbung, Confiscation, Fabrication, Aufziehen von Thieren, Tradition, Finden und hiernach soll man prüfen, wie der Richtsteig sagt, ob der Beklagte die Sache mit Recht behalten möge. Der Grund, weshalb gleichwohl der Kläger mit dem bloßen Behaupten des Eigenthums davon kömmt, ist folgender. Wenn der Kläger sagt, er sei Eigenthümer, so sagt er damit auch, er habe die Sache früher besessen. Auf dem Standpunkt des heutigen Rechts ist das freilich nicht immer wahr, wir haben es aber mit der naiven Anschauung eines Volksrechts zu thun, wo der gewöhnliche Fall meist ausschließlich ins Auge gefaßt wird. Die verschiedene Behandlung beider Theile beruht also auf dem Vorzug des älteren Besitzes. Diese Erklärung ist nicht nur natürlich, sondern auch die einzig mögliche und dient mithin zum Beweise der behaupteten Regel, sie erklärt aber auch, warum vom älteren Besitz, als solchem, so wenig die Rede ist, denn die Behauptung des Eigenthums vertritt die Behauptung des ehemaligen Besitzes.

Dies vorausgeschickt, soll nunmehr zur speziellen Beweisführung geschritten werden.

I. Der Kläger, der Verlust des Besitzes wider Willen behaupten kann, geht dem Beklagten vor, der sich nur auf den gegenwärtigen Besitz stützt. Wer behauptet, daß er den Besitz einer Sache verloren habe, behauptet unzweifelhaft auch, daß er den Besitz gehabt habe. Die Behauptung des Diebstahls, Raubes, der Entsetzung u. s. f. schließt jederzeit die Behauptung früheren Besitzes in sich. Mithin dienen alle Aussprüche der Quellen, welche dem Bestohlenen u. s. f. das Beweisrecht zu-

---

6) Wie Budde p. 64 irrthümlich meint; die von ihm angeführten Stellen beweisen jedoch nichts. Sächs. Ldr. II, 36 § 3 spricht vom Fruchtgewinn und Fabrication und die Lex Burgund. 19, 2 u. 83, 2 sagt nur, welche Buße der Kläger zu leisten habe, der seinen Beweis nicht zu vollführen vermag, nachdem er sich eigenmächtig in Besitz gesetzt hat. Bruns, S. 297.

sprechen, zum Beweise des Satzes. Wenn man fragt, warum denn stets die Art des Verlustes und nicht vielmehr die Thatsache des früheren Besitzes hervorgehoben wurde, so ist die Antwort folgende. Vermöge der Rechtsregel Hand wahre Hand war demjenigen, der eine bewegliche Sache freiwillig aus der Hand gegeben hatte, die Verfolgung des Rechts gegen den dritten Inhaber versagt. Der Kläger mußte nicht bloß den früheren Besitz, sondern auch den Verlust desselben durch äußere Begebenheit behaupten können. Jene Rechtsregel erklärt vollständig, weshalb zufälliger Verlust Bedingung der Klage ist, aber sie erklärt nicht im Mindesten, weshalb zufälliger Verlust dem Kläger das Beweisrecht verschafft. Dieses entspringt aus dem früheren Besitz. Hieraus folgt, daß in dinglichen Klagen um Grundstücke die Behauptung zufälligen Verlustes nicht nothwendiger Bestandtheil der Klage ist. Vorkommen wird sie aber auch häufig, theils wenn die Klage gegen den Entsetzer selbst gerichtet ist, weil er als solcher in Strafen verfällt und selbst niemals die rechte Gewere erlangen kann[7]), theils wenn Zweckmäßigkeitsgründe für die Anführung der Art des Besitzverlustes sprechen; so kann es z. E. sehr wohl sein, daß die Gezeugen des Klägers nur dadurch von dem früheren Besitze desselben wissen, daß sie um die Entsetzung wissen.

1. Bewegliche Sachen[8]).

a. Diebstahl oder Raub.

Leges Wallicae III, 39. jurabit, animalis dominum nullum esse praeter se — et idem se nunquam alienasse, sed furto ablatum fuisse vel per negligentiam amissum. — Pact. leg. Sal. 64 § 1. — Sächs. Ldr. II, 36 § 4. unde jene behalt sin gut dat ime verstolen oder afgerovet was. — Verm. Sachsensp. IV, 42 d. 3 u. 25. — Goslar. Stat.

7) Albrecht, Gewere S. 106. — Sächs. Lehnr. 14 § 1. — Richtst. Lehnr. 29 § 2. — Verm. Sachsensp. I, 34 d. 3. — Freib. Stat. (Schott) III, 175. — Brünner Schöffenbuch, 329.

8) Budde, § 6.

S. 82 Z. 18, S. 100 Z. 23–28. — Hamb. Stat. XII, 5 u. 6. — Michelsen, Lüb. Oberhof No: 17. — Handfeste für Bern v. 1218 Art. 38. — Sächs. Weichb. (Daniels) 101 al. 133. — Kraut, Grdr. § 90 No: 9 u. 11; § 102 No: 9 u. 25.

b. Verlust durch Veruntreuung.

Sächs. Ldr. III, 6 § 1. Verdobelet en knecht sines herren gut, oder versat he't, oder verkoft he't, die herre mach it wol weder vorderen mit rechte, deste he sik dar to tie als recht is. Vergl. Verm. Sachsensp. IV, 42 d. 4. — Gosl. Stat. S. 82 Z. 18 u. 22.

c. Verlornes Gut.

Sächs. Ldr. II, 37 § 1. Svat so en man vint, oder dieven oder roveren afjaget, dat sal he up bieden — kumt jene binnen ses weken, deme dat gut tohort, he sal sik dar to tien selve dridde. cf. oben sub a. leg. Wall. — Schwabensp. 347. — Verm. Sachsensp. IV, 9 § 5. — Wend. Rüg. Landgebr. Tit. 91 u. 204.

d. Weggeschwemmtes Gut.

Verm. Sachsensp. IV, 42 d. 13. Weme eyns andern mannes farnde habe in wasser zcuflusset, der sal syieme wedder geben, ab her sich dorczu czut selbdritte, also recht ist. Sächs. Ldr. II, 29.

e. Entlaufene Leibeigene.

Lex Alemann. XXI u. LXXXV. —

Diese Mannichfaltigkeit der Fälle ergiebt, daß es sich nicht, wie man wohl meint, um ein Privilegium des Bestohlenen oder Beraubten handelt. In den Leg. Wall. III, 38 werden obige Fälle in folgender Art zusammengestellt:

In tribus reliquis casibus (vorher ist von drei Fällen des freiwilligen Lassens aus der Gewere die Rede) sub juramento quod suum est, repetere potest; primo in casu furti, secundo in casu amissi ob negligentiam, tertio in casu rei domino inscio ablatae. Bona autem his modis ablata sub

juram. repetere potest, quoniam nemo illa a sua manu accepit: et cum nemo acceperit, quod suum est, vendicare potest ubicumque illud videre contigerit[9]).

In vorstehenden Fällen erfahren wir nichts über die Vertheidigung des Beklagten, wir müssen daher annehmen, daß er sich bei seiner Weigerung lediglich auf seinen gegenwärtigen Besitz stützt. Bestreitet er nicht bloß, daß der Kläger den Besitz gehabt und ihn auf die angegebene Art verloren habe, sondern behauptet er überdieß, daß der Kläger den Besitz freiwillig aufgegeben habe, so ändert dies dennoch in der Vertheilung des Beweisrechts nichts. Denn diese Behauptung gehört in das Gebiet des Gegenbeweises und solcher war im germanischen Prozeß der Natur der Sache nach unzulässig[10]). Deshalb ist die Meinung von Planck, daß dann der Beklagte den Vorzug gehabt habe, gewiß nicht richtig[11]).

2. Unbewegliche Sachen.

Wer zu behaupten vermag, daß er seines Besitzes entsetzt worden, ist näher zum Eide, als der gegenwärtige Besitzer. Dieser Satz gilt, mag der Beklagte selbst den Kläger entsetzt haben oder nicht; ein Unterschied findet nur insofern statt, als der Beklagte im ersteren Falle Buße geben muß[12]), insoweit ist aber auch der Beklagte nach allgemeinen Grundsätzen des Strafprozesses näher zum Eide[13]).

Schöffenurth. bei Böhme VI, 155. ein man sass in einer stadt . . der wart gefangen von seines herrn geheisse, des half im got von des herrn gewalt aus dem lande. nu hat im der herr lossin nemen erbe und gut und hat das

---

9) Vergl. Magd. Schöffenurth. bei Walch 8, 275; Bamb. R. § 115; Augsb. Stat. § 159 (Kraut § 102, No: 7, c.).

10) S. unten § 12, Anm. 5.

11) Zeitschr. X, S. 267 vergl. mit XIV, S. 224.

12) Sächs. Ldr. III, 47. — Schwäb. Ldr. 309. — Verm. Sachsensp. I, 34 d. 4., wo aber statt wedder geben zu lesen ist: wette geben; vergl. das Eisenachsche Rechtsb. I, 72 (Ortloff).

13) Richtst. 26 zu Anf. — Sächs. Lehnr. 14 § 1.

anderen leuten verkauft. nu bethen wir uns zu underweysin, ob der man — seyn erbe und gut nicht anspreche bynnen jar und tag, ob dy seyn erbe besessin, das mit irer gewere behalden sullen, oder ob der man, wenn es ihm fuglich were, sich czyen moge czu seyme erbe? — wil sich der man czyen zu seyme erbe, das sol her thun bynnen jar und tag . . . tete her das nicht bynnen der tzeit, so mochte her das nicht darnach wedir tedingen. — Münch. Stadtr. Art. 98 (Auer. S. 40) — Baier. Ldr. 16. 18. — Kayserrecht (ed. Endemann) II, c. 104.

Hierher gehört ferner die interessante Stelle im Richtst. Ldr. c. 26[14]; hierher gehören endlich die viel besprochenen Stellen[15], welche demjenigen, der seines Besitzes entsetzt ist, eine Gewere zuschreiben, da Gewere hier nichts anderes bedeutet als den Rechtsschutz des Entwerten[16]).

Aber nicht bloß der, welcher Verlust des Besitzes durch äußere Begebenheit behaupten kann, sondern auch:

II. derjenige, der nur überhaupt älteren Besitz ansprechen kann, ist näher zum Eide, als der gegenwärtige Besitzer.

Lex Bajuv. 16, 2. Si autem voluerit vindicare illum agrum, aut pratum vel exartum, vel unde illa contentio est, taliter vindicet. Juret cum VI sacramentalibus et dicat: ego tua opera priora non invasi contra legem, nec debes exire,

---

14) Vergl. die Interpretation in der Zeitschr. XIV, S. 226 u. 227. Daß die Worte: im und einen itlichem manne die dingliche Klage bezeichnen sollen, ergiebt sich auch aus der Trierschen Unt. Ger. Ord. v. 1539 (Saur, S. 87 v), wo folgendes Formular zur dinglichen (so jemandt umb sein Gut, das ein Anderer ine hat) Klage gegeben wird: „Vor Euch .. erschein ich N. und bring klagendt für gegen N. und einen jeglichen andern von desselbigen wegen". Der Kläger will in beiden Stellen andeuten, daß er bereit sei, den Prozeß gegen den Gewährsmann des Beklagten fortzusetzen. cf. auch Goslar. Stat. S. 100 Z. 3 so anevanghet men dat anderwarve unde driddewarve.

15) Sächs. Lehnr. 11 § 1 u. 22 § 4 (Zobel). — Schwäb. Lehnr. 96 u. 77. — Bair. Ldr. 203. — Magd. Schöffenurth. Böhme VI, 152. —

16) Des Verf. Abh. § 9 u. unten § 11.

quia mea opera et labor **prior** est, quam tuus. Tunc dicat ille, qui quaerit: ego habeo testes, qui hoc sciunt, quod labores de isto campo semper ego tuli, nemine contradicente exartavi, mundavi, **possedi** usque hodie et pater meus reliquit mihi in possessione sua . . . Tunc ille testis juret taliter: quia ego hoc meis auribus audivi, quod istius hominis **priora** opera fuerunt in isto agro quam tua et labores fructuum ille tulit. Post sacramentum reddat agrum.

Hier wird der Eid unumwunden dem älteren Besitzer zuerkannt. Weniger unzweideutig ist ein Capitulare Carl's II. v. J. 873[17]), weil hier der Vorzug des ehemaligen Besitzes nicht als allgemeine Regel, sondern als ein Privilegium des Kaisers und der Kirche erscheint, was sich aber wohl aus der Natur dieser Rechtsquelle erklären dürfte. Es heißt dort:

quaecunque res — in regia vestitura — fuerunt et nunc ab aliis detinentur, demonstretur, qualiter de regia vestitura — exierunt . . ita et de rebus, quae in ecclesiarum vestitura fuerunt — demonstretur, qua auctoritate in proprietatem eas quisque obtineant.

Aber auch die Quellen des deutschen Mittelalters geben Belege ähnlicher Art. Im Richtst. Lehnr. 29 § 2 heißt es:

Spreken se denne beide, se hedden den tins dar beide ut geboret, ... up welkeren denne dat kumpt, de vrage: sint he dat in **olderen weren** hebbe, eft he des icht neger to beholdene si (**Kraut** § 99 No: 27).

Im Münchner Stadtr. v. 1347 Art. 98 entgeht der Beklagte einer dinglichen Klage nur dadurch, daß er sich auf früheres Erkenntniß und gerichtliche Einweisung beruft, die Klage beruht lediglich darauf: er hab mit dem rechten ain guot in sein gewalt pracht, und des er nicht bei nutz und bei gewer

---

17) **Pertz**, leges I, 520. Auf diese Stelle, sowie auf die Assisen von Jerusalem (§ 49) hat mich Herr Prof. **Bluntschli** aufmerksam gemacht.

sitzet, was weiter nichts heißt, als: er habe als Eigenthümer besessen und besitze jetzt nicht mehr.

Von selbst versteht es sich, daß dieser Grundsatz, soweit vom Kläger die Rede ist, nur auf Immobilien sich beziehen kann, da Mobilien der Regel: Hand wahre Hand unterworfen sind. Hieraus erklärt sich aber auch die geringe Zahl der Belegstellen, denn bei Immobilien wurde jeder Besitz schnell zur rechten Gewere und diese war ein viel wirksameres Angriffsmoment als bloße Berufung auf älteren Besitz, weshalb gewiß häufig vorgezogen wurde, sich gleich in der Klage hierauf zu beziehen[18].

Der Rechtsschutz des älteren Besitzes erscheint auf den ersten Blick gefährlich für die Sicherheit des Besitzes überhaupt, da so der Veräußerer dem Erwerber überlegen zu sein scheint. Allein dieser Schein verschwindet, sobald die Grundsätze des folgenden Paragraphen in Betracht gezogen werden. Überdieß kann der Schutz des älteren Besitzes auch dem Beklagten zu statten kommen. Wenn nämlich der Beklagte zu behaupten vermag, daß er zu der Zeit, in welcher der Kläger den Besitz gehabt und verloren haben will, oder auch vor dieser Zeit selbst bereits besessen hat, so muß ihm das Beweisrecht zugesprochen werden[19]. In diesem Falle kann der bloße ältere Besitz auch bei beweglichen Sachen entscheidend sein und hieraus erklärt es sich, daß das alte Bamberger Recht[20]) grade bei Mobilien den Vorzug des älteren Besitzes hervorhebt.

Eine neue wichtige Unterstützung wird übrigens die Lehre vom Vorzuge des älteren Besitzes im § 10 erhalten.

---

18) Bruns, S. 320.

19) Brünner Schöffenbuch, 100. Si arrestans dixerit, quod infra tres annos equum perdiderit, et arrestatus obliget se ad probandum, quod ante quatuordecim annos equum emerit et interim in sua potestate tenuerit, talis probatio est probationi arrestantis praeferenda.

20) § 113. (Vergl. Zöpfl, S. 205, 206) vnd wenn er dy zeit benannt vnd daz allez. vnd daz der ander denn fur geit ez sey ein habs jar oder ein jar oder lenger odere kurtzer vor sein gewesen.

§ 8.

3. Vorzug der stärkeren Gewere.

Diejenige Klasse der Vertheidigungen, mit welcher am zweckmäßigsten der Anfang gemacht wird, umfaßt die Exstinctiv-Verjährungen. Hierher gehören folgende Regeln:

1) Vermag der Beklagte rechte Gewere zu behaupten, so gebührt ihm das Beweisrecht.

Richtst. Ldr. 21 a. E. — Sächs. Lehnr. 37 § 3. — Richtst. Lehnr. 29 § 2. — Hamb. R. I, 6. — Gosl. Stat. S. 25 Z. 28 flg. — Verm. Sachsensp. I, 43 d. 2 u. 3. — Magd. R. (Böhme) I, 22. — Stat. Brem. II, 5, Pufend. II, 72. — Stat. Verd. 102 (Puf. I, 100). — Alte Soester Skrae, 149. — Lüb. R. cod. II, 34. — Livland. Ritterr. 4. — Kraut § 99, No: 17.

2) Vermag der Beklagte zu behaupten, daß er die streitige Sache gefunden oder Dieben und Räubern abgejagt hat oder daß sie ihm im Wasser zugeflossen ist und daß er sie sodann aufgeboten und nach dem Aufgebot sechs Wochen besessen hat, so gebührt ihm das Beweisrecht.

Richtst. Ldr. 12. Wiltu aber das gefunden — gut werenn, so sprich also: Herr richter! N. der pietet eyns urtails, nach dem das er den fundt auşpate in der kirchen und vor gerichte u. s. f. das. 15. — Sächs. Ldr. II, 37 u. 29. Verm. Sachsensp. IV, 9 d. 5. Die Fristen und Detailbestimmungen sind verschieden: Schwabensp. 317, s. Albrecht, S. 123.

Die zweite Klasse der Vertheidigungen nähert sich den ursprünglichen Erwerbarten des römischen Rechts. Hierher gehören namentlich folgende Fälle:

3) das Aufziehen vom Vieh.

Lex Bajuv. XVII, 2. enutrivi illum in proprio domo de proprio meo mancipio natum; similiter de jumentis. cf. XV, 11.

Für das nordische Recht s. Aethelstan's Ges. II, 10 u. Eides-

formeln, No: 3 (Schmid, die Ges. d. Angels., S. 73 u. 217). And. Stellen bei Bruns, S. 288 flg.

Für das deutsche Recht des Mittelalters:

Sächs. Ldr. II, 36 § 3. Sprikt aver jene dar weder, of it en perd is oder ve, he hebbe't in sime stalle getogen, he mut it mit mereme rechte behalden jene die it in geweren hevet, of he't selve dridde siner gebure getügen mach, denne jene de't anegevanhet hevet. — Richtst. Ldr. 17. — Goslar. Stat. 100, 2—10. Verm. Sachsensp. IV, 9 d. 5. — Schwabensp. 317. — Magd. Schöff. Urth. I, 13. — Weichbild 88 u. 91. — Alt. Lüb. R. II, Art. 82. III, A. 334. — Ebenso bei Leibeigenen: Sächs. Ldr. III, 32 § 4; Schwabensp. 356.

4) Die eigene Verfertigung von Sachen.

Lex Bajuv. XV, 11. quod mancipii mei ex propria mea materia laboraverunt et fecerunt.

Für das nordische Recht: Oestg. Lag. Vins. B. c. 6 § 7 c. 7. pr. (Bruns, S. 293).

Für das deutsche Recht des Mittelalters:

Richtst. Ldr. 17. diese habe und gute han ich selben wircken ader machen lassen, und wil das beweisen, als ich zurechte sol, unnd piet eins urteils, ob ich mit meiner beweisung icht neher mein habe zubehalden sey, die ich in meiner gewere habe, dann sie mir nymant angewynnen mage? So frag jener wider: nach dem das im die habe gestolen sey, das er beweisen wil, ab er icht mit besseren rechten sein gestolen gut wieder erkriegen sulle, dann es im jener vor behalden muge? So findet man: dieser sey es neher zubehalden, der es in gewer hat. — Goslar. Stat. S. 100 Z. 5—8. — Verm. Sachsensp. IV, 9 d. 5. —

5) Ähnlich verhält es sich nach einigen Rechten mit erbeuteten oder über See und Sand gekommenen Sachen.

Lex Bajuv. XV, 11. — Stad. Stat. VII, 7 (Kraut § 102, No: 37). — Alt. Lüb. R. III, 334. — Rev. Lüb. R.

IV, 1 § 10. — Albrecht, S. 96. — Planck, Zeitschr. S. 262.

Die dritte Klasse bezieht sich auf den rechtmäßigen Erwerb durch Tradition. Hier werden sehr spezielle Behauptungen vom Beklagten verlangt. Die allgemeine Angabe, daß er die Sache gekauft ohne Benennung des Verkäufers genügt nicht, auch dann nicht, wenn der Beklagte auf dem gemeinen Markte gekauft haben will. Er ist dann zwar näher zum Eide in strafrechtlicher, nicht aber in civilrechtlicher Beziehung. Eine Auslassung dieser Art steht auf gleicher Linie mit dem Falle, da der Beklagte sich lediglich auf seinen gegenwärtigen Besitz stützt.

Sächs. Ldr. II, 36 § 4. Sprict aver jene, he hebbe't gekoft uppe deme gemenen markete, he ne wete weder wene, so is he duve unscüldich, deste he die stat bewise unde sinen eid dar to du. Sine penninge verlüset he aver, die he dar umme gaf, unde jene behalt sin gut dat ime verstolen oder afgerovet was, of he sik dar to tiüt uppe'n hilgen selve dridde vulkomener lüde an irme rechte, die dat weten, dat it ime düflike oder roflike geloset si. — Freib. Stadtr. v. 1120, S. 57. — Schwabensp. 317. — Goslar. Stat. S. 99 Z. 10. — Richtst. Ldr. 13. — Verm. Sachsensp. IV, 42 d. 7 u. 9 d. 4. — Sächs. Weichb. (Daniels) Art. 102 § 2. Für das alte Recht s. Lex Ripuar. XXXIII, 4. — Ed. Rothar. c. 235.

Im Übrigen gelten folgende Regeln:

6) Behauptet der Beklagte, die Sache unmittelbar vom Kläger selbst erworben zu haben, so gebührt ihm der Vorzug.

Sächs. Ldr. III, 4 § 1. — Richtst. 13, 47. Vergl. jedoch das alte Lüb. R. Brockes c. II. A. 249 u. Anh. II zum Gosl. Stat. S. 112 Z. 32—35; auch Planck, Zeitschr. S. 257, Anm. 119.

7) Behauptet der Beklagte, die Sache von einem Dritten erworben zu haben, so gewinnt er dadurch kein Beweisrecht, selbst wenn er den Geweren benennt. Dies ist höchst bemerkenswerth, denn wenn wirklich, wie behauptet wird, der Be-

klagte, als solcher, näher zum Beweise wäre, so mußte diese Behauptung des redlichen Erwerbes doch vor allen Dingen geeignet sein, ihn zu schützen. Allein nun kommt es darauf an, ob der Gewere seine Gewährschaft anerkennt oder nicht. Thut er dies nicht, wird also dem Beklagten burst an'me geweren, so liegt die Sache ebenso für ihn, als ob er sich bloß auf seinen gegenwärtigen Besitz gestützt hätte: der Kläger ist näher zum Eide.

Sächs. Ldr. II, 36 § 5 u. 7. — Schwäb. Ldr. 317. — Verm. Sachsensp. IV, 42 d. 8 u. 25.

Bekennt sich aber der Gewere zur Gewährschaft, so muß der Kläger den Prozeß gegen den Geweren fortsetzen und dieser ihn übernehmen[1]). Zu diesem Zweck muß letzterer, um sich den Sieg zu sichern, entweder eine stärkere Gewere ansprechen können oder wiederum seinen Geweren benennen. So konnte durch die Reihe der Vormänner hindurch immer weiter zurückgegangen werden, bis man endlich auf jemand traf, der eine stärkere Gewere als Kläger darzuthun vermochte oder die Sache dem Kläger entwendet hatte.

Sächs. Ldr. II, 36 § 6. Man mut wol tien uppe mangen geweren, die ene uppe den anderen, also lange went man kome uppe den, de't in sime stalle getogen hebbe of it ve is, oder it selve getiücht hebbe of it gewand is.

Schwäb. Ldr. 317: und der schiebe es uf einen andern ... untz daz ez kumet an den der es verstolen oder gerovbet hat. Verm. Sachsensp. IV, 9 d. 4. — Gosl. Stat. S. 100 Z. 2—8. — Magd. Schöff. Urth. I, 13 d. un.

Die Entscheidung des Streites zwischen dem Kläger und dem Geweren gilt[2]) dann auch für den ursprünglichen Beklag-

1) Das Nähere s. bei Bubbe, p. 66 flg. u. Planck, Zeitschr. S. 255.

2) Schwabensp. 207. und sweders gewern da bebebet, der hat behabt und der ander hat verlorn. — Sächs. Ldr. II, 42. Richtst. Ldr. 13 Z. 22.

ten und umfaßt zugleich die Entschädigungsverbindlichkeit des Gewercn. Einen recht anschaulichen Fall dieser Art bietet noch das neuere englische Recht dar[3]). Vorstehende Grundsätze gelten übrigens, was zuweilen bezweifelt worden, auch für Grundstücke, falls die Gewere nicht zu einer rechten geworden ist[4]).

Dieses sonst wohl ganz allgemeine Recht des Ziehens auf den Geweren soll nach Zöpfl im alten Bamberger Recht sich anders verhalten haben. Die Richtigkeit dieser Ansicht unterliegt jedoch starken Bedenken. Zwar heißt es allerdings in § 112:

> und waz gewern er stellet (al. und wie mangen er stellet) dennoch schol dem Clager der dy habe angevanget hat dy warheit hin heim erteilt werden.

Allein das soll doch wohl nur heißen, daß die bloße Angabe des Geweren nicht genügt und daß es erst darauf ankommt, ob die Geweren geeignete Vertheidigungsmittel haben. Denn es wird ebendaselbst dem Beklagten ausdrücklich das Zugrecht ertheilt:

> und wolt auf seinen geweren gen so wirt man im einen zug dar umb geben.

Zöpfl meint zwar, daß sich dies nur auf die Reinigung vom Verdacht des Diebstahls und auf die Entschädigung, die der Gewere zu leisten hat, beziehe. Allein die Abhängigkeit des Unschuldseides von der Stellung des Geweren widerspricht den allgemeinen Grundsätzen des germanischen Strafprozesses, die wie Zöpfl selbst im § 38 ausführt, auch im Bamberger Recht gelten, schnurstracks und was die Entschädigungsfrage betrifft, so ist dabei kein Recht des Beklagten gegen den Kläger im Spiel, während doch das Zugrecht augenscheinlich ein solches sein soll, überdies wird dieser Gesichtspunkt durch die Worte:

> und auch dar umb ob im iht auzrichte von dem Geweren dest.

---

3) Vergl. § 50 u. wegen der Entschädigung des Beklagten durch den Geweren (Ausrichte) das alt. Bamb. R. § 112, auch Budde, p. 69.

4) Sächs. Ldr. III, 83 § 2; II, 42 § 2; I, 9 § 5. Planck, Zeitschr. S. 287. S. ferner unten § 10, Anm. 4.

als ein nebensächlicher bezeichnet, der zu etwas anderem hinzutritt. Entscheidend ist wohl die Betrachtung, daß es keinen Sinn hätte, dem Beklagten die Vertheidigung in eigner Person zu gestatten z. B. durch Behauptung des Aufziehens in seinem Stalle u. s. f., in der Person des Gewεren aber zu versagen. Der Titel XIV des Bamb. R. enthält überall nichts von der Art der Vertheidigung und setzt die dahin gehörigen Grundsätze als bekannt voraus. Daß aber das Zugrecht den Sieg herbeiführen könne, sagt der Schluß der Stelle ausdrücklich:

aber wer den zug furbaz macht, der schol auch dy koste hin nach gelten im beleibe dy Habe oder nicht,

wie denn der § 114 das Zugrecht dem verklagten Bürger noch besonders versichert, dem verklagten Gaste aber einem Bürger gegenüber verweigert. Vollkommen verständlich wird das Bamberger Recht, wenn man Folgendes erwägt. Das Zugrecht konnte den Prozeß zum Nachtheil beider Theile unendlich in die Länge ziehen. In mehrfacher Richtung zeigt sich daher das Bestreben, irgendwo eine Grenze zu ziehen. Dies geschah theils zu Gunsten des Klägers[5]), theils aber auch in manchen Rechten zu Gunsten des Beklagten; es war genug, wenn eine gewisse Anzahl von Gewεren der Reihe nach gestellt wurde, der letzte hatte nicht weiter nöthig, seinen Auctor zu stellen, er gelangte so zum Eide[6]). Diesen Ausweg verwirft das Bamberger Recht, wieviel Gewεren der Beklagte auch stellt, immer geht ihm der Kläger vor, so lange der letzte Gewere sich nur wieder auf einen Gewεren zu beziehen vermag.

---

5) Sächs. Ldr. II, 36 § 5. — Brünner Schöffenbuch, 98 u. Beil. No: 228: wem ein ros an wiert gevangen, der mag seinen kscholn (Gewεren) wol gestellen, und wan daz ros an den dritten kscholln chumpt, der selb schol iz behalten oder verliesen. Alt. Lüb. R. c. III, Art. 334 de dridde hant schal antwerden.

6) Freiberg. Stadtr. c. 9. Schott, III S. 190. Rev. Lüb. R. Art. 3, IV, 1. Hierher gehört auch das Hanseatische Recht, insofern Sachen, die von außen in die Stadt gekommen sind, einer Verjährung von Jahr und Tag unterliegen, Albrecht, S. 123, 124. S. Alt. Lüb. R. III, 334.

Bisher ist immer vorausgesetzt, daß der Kläger sich lediglich auf seinen früheren Besitz beziehungsweise auf die Art des Verlustes stützt, nun kann es aber auch geschehen, daß der Kläger, sei es von Hause aus oder als Entgegnung auf die Antwort des Beklagten ebenfalls solche Thatsachen für sich anführt, welche eine stärkere Gewere darstellen, insonderheit über den Erwerb der Sache Aufschluß giebt. Hierzu können ihn verschiedene Gründe bestimmen. Zunächst kann es lediglich zur Bekräftigung des behaupteten Eigenthums geschehen, ohne daß eine rechtliche Nöthigung vorläge, wie ja zu allen Zeiten die Parteien oft mehr vorbringen, als juristisch verlangt wird. Hierher muß man z. E. sächs. Weichbildr. 88 zählen, wo der Kläger sagt, er habe das Pferd von frommen Leuten auf dem Markt gekauft. Denn da ein solches Vorbringen den Beklagten nicht gegen die Herausgabe der Sache schützt, so ist nicht abzusehen, inwiefern es dem Kläger helfen sollte. Was ihm das Beweisrecht verschafft, ist die Behauptung früheren Besitzes, die in der Angabe der Art des Erwerbes mit enthalten ist. Sodann aber kann der Kläger hierzu schreiten, um sich der stärkeren Gewere des Beklagten gegenüber dennoch das Beweisrecht zu verschaffen. So behauptet im Kap. 17 des Richtsteigs der Beklagte, er habe das streitige Gewand selbst machen lassen, Kläger aber erwiedert, die Wolle aus welcher es gemacht worden sei ihm gestohlen. Durch diese Replik verschafft sich der Kläger das Beweisrecht und es handelt sich weiter nur darum, ob der Kläger den Beklagten wegen seiner Aufwendungen zu entschädigen habe[7]). Ebenso wird es dem Kläger von Vortheil gewesen sein, wenn er, nachdem der Beklagte das Aufziehen des Viehs in seinem Stalle behauptet, das Eigenthum des Mutterthieres in Anspruch nehmen kann[8]).

---

7) Vergl. Lex Bajuv. XV, 11: ex propria mea materia laboraverunt.

8) Lex Bajuv. XVII, 2: enutrivi illum de proprio meo mancipio natum; similiter de jumentis. — Freising. R. B. (Westenr. § 79 d. Maurer II, 35, Anm. 2 S. 273: und hat auch (der clager) die des vichs mueter do die lebentig ist des sol er geniessen.

Ein anderes Beispiel gewährt das alte Lübsche Recht (Cod. II a. 82). Der Kläger behauptet, das streitige Pferd sei ihm gestohlen, er habe es in seinem Stalle aufgezogen. Diese letztere Behauptung ist an sich nicht nothwendig, aber man sieht gleich, warum die Voraussetzung des Falles in dieser Weise aufgestellt wird. Der Beklagte zieht nämlich die Sache an die dritte Hand, der dritte Gewere aber will ebenfalls das Pferd aufgezogen haben. Es siegt nun der Beklagte nach dem Grundsatz des folgenden Paragraphen. Dies Ergebniß festzustellen, war der Zweck des Artikels und darum wird der Fall so gedacht, daß der Kläger auch eine stärkere Gewere anspricht, was sonst nicht der Fall ist. (Vergl. Cod. II, 157 und Cod. III, 397.) Auf Voraussetzungen dieser Art beruhen die Stellen, welche bei der Vindication von Vieh den Kläger die Behauptung aufstellen lassen, er habe es aufgezogen [9]).

Nicht anders steht es mit Grundstücken. Im Richtsteig Kap. 26 sagt der Kläger erst dann, er habe das Gut ererbt, nachdem der Beklagte behauptet, er habe es gekauft. Der Kläger kann aber auch Gründe haben, dergleichen Behauptungen, z. B., daß er die rechte Gewere erworben und nachher den Besitz eingebüßt habe, zu anticipiren. Auf diesem Standpunkt erklären sich nun endlich auch die wenigen Stellen, in denen davon die Rede ist, daß auch der Kläger seinen Geweren zu stellen habe, während dies doch sonst nur vom Beklagten gesagt wird, und auf welche Bruns, S. 320, 321 so großes Gewicht legt [10]). Zunächst ist zu bemerken, daß der Sachsenspiegel nur von Lehn und von der Gewerschaft des Lehnsherrn spricht, der Schwabenspiegel aber, wenngleich er nebenbei auch das Eigen berührt, doch auch den Fall des Lehns als Hauptfall behandelt und daß es denn doch mit dem Beweise des Lehns oder

---

9) Weichbildr. 91. — Jydske Lov. II (Bruns, S. 303, 1).

10) Uplands-Lagen V. 18. — Oestgöta-Lagen. E. S. c. 15 § 4 (Bruns, S. 304). — Sachsensp. II, 42 u. Schwabensp. 207.

Zinsguts u. dergl. eine eigene Bewandtniß hat[11]). Sodann aber konnte doch der Kläger auch beim Prozeß um Eigen in die Lage kommen, seinen Geweren stellen zu müssen. Wenn nämlich der Kläger zunächst älteren Besitz angesprochen, der Beklagte aber einen Gewerен benannt und dieser wieder älteren Besitz als der Kläger behauptet hatte, so blieb dem Kläger nichts übrig, als seinerseits ebenfalls auf den Gewerен zu ziehen, um den älteren Besitz seines Vorbesitzers darzuthun, weil, wie es im Schwabenspiegel heißt, die Gewerен mit einander rechten sollen. Wären nur diese Stellen vorhanden, so wäre es gewagt, Voraussetzungen, die nicht ausgesprochen sind, hineinzulegen, da aber andere sichere Stellen in Menge vorhanden sind, welche das Ziehen auf den Gewerен nur in Verbindung mit dem Beklagten bringen, so muß man entweder jene Stellen einschränkend, wie geschehen, erklären oder ihnen jede Bedeutung für das Landrecht absprechen.

§ 9.

4. Vorzug der jüngeren Gewere.

Sprechen beide Theile das Eigenthum mit gleich gutem Grunde an, so ist der gegenwärtige Besitzer im Vortheil. Der Vorzug des Beklagten um seines gegenwärtigen Besitzes willen tritt also nach germanischer Rechtsansicht erst als letztes Auskunftsmittel ein und scheint selbst hier nicht ausschließlich gegolten zu haben, da grade für diesen Fall andere Entscheidungsnormen vorkommen, wie die Mehrzahl der Zeugen, Theilung des streitigen Guts und Gottesurtheil[1]).

Grade umgekehrt behauptet die herrschende Meinung, daß das Beweisrecht des Beklagten die Grundregel gebildet habe

11) Planck, Zeitschr. S. 281, 285. Homeyer, § 77 flg.

1) Sächs. Ldr. III, 21. — Richtst. Ldr. 26. — Sächs. Lehnr. 40. — Schwäb. Lehnr. 73. — Kl. Kaiserr. II, 108. — Verm. Sachsensp. I, 33 d. 2. —

und alles andere als Ausnahme anzusehen sei[2]). Diese Regel der herrschenden Meinung enthält, wie bereits § 6 z. A. ausgeführt worden, einen Kern von Wahrheit, der sehr wichtig ist: kann der Kläger überhaupt keinen Besitz auf seiner Seite behaupten, so siegt der Beklagte als Besitzer; stehen aber ein ehemaliger und ein gegenwärtiger Besitzer einander gegenüber, so kann die Regel nicht entscheiden, denn sie spricht für Beide. Nun kommen concretere Grundsätze zur Anwendung, die Regel tritt erst dann wieder in Kraft, wenn beide Theile eine gleich starke Gewere ansprechen. Das Irrthümliche der herrschenden Meinung liegt also darin, daß sie jene Regel auch dann gelten lassen will, wenn ein ehemaliger und ein gegenwärtiger Besitzer mit einander rechten und die Gewere Beider eine ungleiche ist.

Zum Beweise der Regel hat sich Bruns zunächst auf das nordische Recht berufen. In Aethelred's Gesetzen (III, 10 z. E.) kommt allerdings jener merkwürdige Ausspruch vor: Eignung ist dem näher, der hat, als dem, der anspricht. Betrachten wir aber den Zusammenhang näher. Die Stelle lautet vollständig:

> Auch während des Zuges, wenn jemand zugreift und auf niemand weiter aussagt, sondern das Eigenthum in Anspruch nimmt, soll man ihm das nicht wehren, wenn gute Zeugen es ihm als Eigenthum zuerkennen, denn Eignung ist dem näher, der hat, als dem, der anspricht (Schmid, die Ges. d. Angelsachsen, S. 117).

Die Bedingungen des Falles sind also: 1) der Beklagte zieht die Sache an die dritte Hand — das Kapitel ist überschrieben: von Gewährschaften — 2) der Gewere kann seinerseits einen weiteren Geweren nicht stellen. Dies ist nun grade der Fall, für welchen wir auch in den Quellen des deutschen Mittelalters eigenthümlichen Beschränkungen begegnen (§ 8 Anm. 5 u. 6) und im Anfang des Kapitels wird berichtet, daß man frü-

---

2) Albrecht, de Probat. Diss. I u. II (1825 u. 27). — Bruns, S. 287, 305, 306. — Homeyer, S. 618 u. Planck, Zeitschr. S. 233, 269. Budde, § 11.

her das Zugrecht auf drei Züge beschränkt, später aber beschlossen habe, nicht eher aufzuhören, als bis der Zug stille steht. Der Ausspruch hat also nichts weniger als eine fundamentale Bedeutung, er bezieht sich auf ganz spezielle Voraussetzungen. Aber es läßt sich auch beweisen, daß dasselbe Gesetzbuch ihn nicht anwendet, wo es ihn anwenden müßte, wenn er allgemeine Geltung hätte. Im Kap. 9 wird der Fall gesetzt, daß der Kläger die Sache als verlorene anspricht, der Beklagte aber sie von einem Andern erworben haben will. Da müßte nun gewiß der Beklagte vorgehen, aber im Gegentheil, der Beklagte soll den Geweren nennen und man soll kommen an den, wo es zuerst angetroffen wurde.

Man hat sich ferner auf Stellen des älteren deutschen Rechts bezogen, in welchen es heißt, der, welcher die Sache in Geweren habe, sei näher, sie zu behalten, als der Kläger. Allein in diesen Stellen bezeichnen die Worte: der es in Geweren hat, nicht den Grund der Entscheidung, sondern nur in umschreibender Weise den Beklagten, der Grund des Vorzuges ist concreter Natur[3]).

Wäre jene Meinung richtig, so blieben die Stellen, welche, wenn beide Theile das Gut mit gleicher Ansprache ansprechen, Theilung u. s. f. anordnen (oben Anm. 1), unverständlich, da ja eine gleiche Ansprache niemals vorkommen kann, wenn die des Beklagten als solche besser ist. Auf dem hier gewonnenen Standpunkt dagegen kann eine gleiche Ansprache sehr wohl vorkommen:

1) beide Theile behaupten rechte Gewere: die jüngere, d. h. die gegenwärtige, geht vor, Albrecht, § 13;

2) beide Theile behaupten Inzucht: der gegenwärtige Besitzer geht vor, Alt. Lüb. R. Cod. II, 82 (§ 8, Anm. 9);

3) beide Theile sprechen gleich alten Besitz an: der gegen-

3) Sächs. Ldr. II, 36 § 3 u. Richtst. 17, darüber s. § 8 No: 3 u. 4. — Richtst. 21, darüber § 8 No: 1. — Richtst. Lehnr. 29, darüber § 7 II. — Sächs. Ldr. III, 4 § 1, darüber § 8 No: 6.

wärtige Besitzer geht vor. Schöffenurtheil bei Böhme, Beiträge VI, 152. Sächs. Ldr. I, 20 § 4. Vergl. des Verf. Abh. Zeitschr. XIV, S. 237 flg.

§ 10.

5. Berufung auf Erbschaft.

Es ist um der leichteren Übersicht willen bei der bisherigen Darstellung der Fall der Berufung auf Erbschaft ganz ausgeschlossen und nunmehr der Einfluß der Beerbung im Zusammenhange zu untersuchen. Die Grundregel, welche hier aufgestellt werden muß, ist die, daß Beerbung an sich kein Beweisrecht giebt und daß sie nur insofern von Wichtigkeit ist, als die Behauptung des Erwerbes durch Erbschaft die Behauptung einer älteren Gewere in sich schließt. Zum Beweise dieses Satzes sollen zunächst diejenigen Stellen angeführt werden, welche die Regel, daß Ererbung kein Beweisrecht giebt, bestätigen, worauf sodann zu den Aussprüchen der Quellen überzugehen ist, welche dem ererbten Gut einen Vorzug angedeihen lassen.

In dem im § 7 mitgetheilten Capitulare v. J. 873 heißt es weiter, daß gegen die Klage aus älterem Besitze der Einwand der Ererbung nicht schütze:

> Et quoniam quidem non contradicunt, quod res et mancipia quae tenent, in vestitura nostra vel antecessorum nostrorum sive ecclesiarum Dei non fuissent, sed patres illorum morientes eis in hereditatem dimiserunt, ideo non volunt inde ullam auctoritatem ostendere, sed suam hereditatem probare, contra illos dicitur, weil der Erblasser ohne Recht besessen haben könne, excepta sua legitima hereditate, quae ei per successionem parentum suorum legitime evenire debuit. Et de hac legitima hereditate non est auctoritas requirenda. Sed si interpellatio inde fuerit, leg. her. approbanda.

Diese Ausnahme bezieht sich wohl auf den Fall, daß schon der Erblasser die rechte Gewere erlangt hatte.

Übereinstimmend ist das nordische Recht; so heißt es in dem von Bruns, S. 292 mitgetheilten Dänischen Gesetze für Schonen:

quod pater rem, de qua agitur juste possedit et ad filium sic jure hereditario sit devoluta.

Daß das deutsche Recht des Mittelalters davon nicht zurückgetreten, zeigt unter andern das kleine Kaiserrecht:

Ein iglich man sal wiszen, daz wie lange er gut inne gehabet habe, daz eins andern ist . . un geschee ez wol also, daz ez dirre, der ez unrecht inne hat, uf sin kint erbet; die verliesen es mit recht, wer iz vermeldet: auch endarf man darnach nit clagen, als nach rechferdigem gut, nach des keisers rechte; wan dri ersam man . . die mogen ez zu aller zit wider besagen an die rechte hant, der ez gewesen ist, un der ez unwissentlich ist abgezogen (II, 104). Vergl. Sächs. Ldr. II, 44 § 2.

So nimmt denn auch Albrecht (S. 106) an, daß die Gewere des Erben immer nur die des Erblassers ist und beschränkt die Wirksamkeit der durch Erbfolge begründeten rechten Gewere auf den Ausschluß des näheren gesetzlichen Erben.

Es folgen nun die Stellen, welche umgekehrt der Partei, welche Erbgut anspricht, das Beweisrecht geben. Nach der Lex Bajuv. XV, 11 genügt die Behauptung:

pater meus reliquit mihi in hereditatem. cf. XVI, 1 u. XVII, 2.

Ebenso im nordischen Recht, wie die bei Bruns, S. 292 abgedruckte Stelle (Westgöta-Lagen I. J. B. c. 2 § 1) beweist, und im deutschen Recht des Mittelalters: Sächs. Ldr. I, 15 § 1. Goslar. Stat. S. 25 Z. 40; S. 28 Z. 7—10; S. 26 Z. 1—4. — Verm. Sachsensp. I, 43 d. 4. Die Auflösung dieses anscheinenden Widerspruches liegt darin, daß der Kläger nach der im § 7 begründeten Regel vorgehen muß, wenn das Ansprechen eines Guts als Erbgut zugleich die Behauptung älteren Besitzes in sich schließt, wobei man beachten muß, daß die Parteien schon um ihrer Gezeugen willen, denen sie die

Überzeugung von der Gerechtigkeit ihrer Sache zu gewähren hatten, in ihren Anführungen gewiß möglichst ausführlich waren und die Zeit des Erbfalles zur Sprache brachten, woraus sich dann leicht ermessen ließ, ob der Kläger wirklich älteren Besitz behauptet. Dagegen geben von den zuerst angeführten Stellen das Capitulare und das Kaiserrecht ausdrücklich den Fall so, daß die Erbschaft jünger ist als der Besitz des Klägers und dieselbe Voraussetzung wird man bei dem dänischen Gesetze machen müssen. Es ist daher ganz in der Ordnung, daß dort dem Erbfall selbst keine Bedeutung beigelegt wird. In den anderen Stellen aber, welche dem Erben das Beweisrecht geben, erhellt von einer solchen Voraussetzung nichts. Ist diese Ansicht richtig, so müssen gegen die Ansprache aus Erbschaft alle die Einreden zulässig sein, die gegen die Ansprache aus älterem Besitze überhaupt zulässig sind und dies bestätigt sich in der That, insonderheit geht der Beklagte vor, wenn er rechte Gewere zu behaupten vermag[1]). Vornämlich wichtig aber ist, daß der Beklagte auch gegen die Ansprache des Erben sich auf den Geweren ziehen kann, ebenso wie gegen die einfache Ansprache. Daß der Satz: erst egen mut ok en man bat beholden den en ander gekoft egen oder gegeven[2]) diesem Zugrecht nicht entgegensteht, es vielmehr bestätigt, ist bereits in der früheren Abhandlung[3]) ausgeführt. Das Erbeigen geht nämlich nur dann vor, wenn der Beklagte zwar Kauf behauptet, aber den Geweren nicht stellen kann oder von ihm nicht gewert wird. Übernimmt der Gewere den Prozeß, so entscheiden die allgemeinen Regeln. Außer den dort schon gegebenen Stellen ist besonders zu vergleichen das alte Magdeb. Recht cod. v. 1304 Art. 35. Gaupp, S. 283: der Kläger beruft sich auf Erbschaft, der Beklagte bringt

---

1) Brem. Stat. II, 5 und Verdens. Stat. 102. (Pufend. II, 72 u. I, 110). — Freib. Stat. I, 23.

2) Sächs. Ldr. II, 43 § 2. — Richtst. 26. — Verm. Sachsensp. I, 33 d. 2. — Weichbild (Daniels) 61. — Schwabensp. 208. —

3) Zeitschr. XIV, S. 229.

einen Gewеren für seinen Erwerb und behält in Folge dessen das Gut; wird ihm aber Bruch am Geweren, so siegt der Kläger: wanne ein igslich man muz baz behalden erbegin dan ein andir gecovft eigen oder gegeben eigen oder cins gut muge behalden[4]). — Ganz in Übereinstimmung mit dem hier aufgestellten Hauptgrundsatz ist es nun auch endlich, daß das Berufen des Klägers auf Erbschaft ganz gleichgültig ist, wenn der Beklagte sein Recht von demselben Erblasser herleitet[5]).

So viel von dem Fall, da der Kläger Erbgut anspricht; ist es nun der Beklagte, der sich darauf stützt, so muß die an die Spitze gestellte Regel sich ebenfalls bewähren, d. h. der Beklagte ist nur dann näher zum Eide, wenn sein oder seines Erblassers Besitz alsdann als der ältere erscheint; die Behauptung, daß er die Sache ererbt habe und daß sein Erblasser Eigenthümer gewesen, schützt ihn an sich ebensowenig als die Behauptung, daß er selbst Eigenthümer sei. Daß nun Erbschaft eine zulässige Vertheidigungsart ist, lehrt der Richtsteig 11 ausdrücklich und zwar in Bezug auf fahrende Habe. Wenn dagegen der Sachsenspiegel, da wo er von der Vertheidigung betreffend bewegliche Sachen redet, der Erbschaft nicht gedenkt (II, 36), so erklärt sich diese Auslassung, auf welche schon die Glosse aufmerksam macht, sehr einfach daraus, daß eben Erbschaft im Grunde kein selbständiges Vertheidigungsmittel ist, sondern daß auch in diesem Falle sich die Sache nach allgemeinen Grundsätzen entscheidet[6]). Andererseits lehren beide Rechtsbücher übereinstimmend[7]), daß der Beklagte in einer Klage aus einem Leihvertrage, den er

---

4) Für das alte Volksrecht vergl. die unten folgende Lex Bajuv. XVII, 2. Für das nordische Recht: Upl. Lagen, V. 18, Bruns, S. 304. Für das deutsche Recht des Mittelalters: Goslar. Stat. S. 28 Z. 7—10; 11—15. — S. 15 Z. 14—18. Verm. Sachsensp. I, 33 d. 2; 28 d. 3; 46 d. 8. — Weichbild (Daniels) 61 al. 69. — Gl. z. sächs. Lbr. II, 43 § 2.

5) Schles. Schöff. Urth. bei Böhme, Beiträge z. schles. R. VI, 152. Dazu Zeitschr. XIV, S. 237.

6) Abh. Zeitschr. XIV, S. 234, 235.

7) Sachsensp. I, 15 § 1 u. Richtst. 16.

in Abrede stellt, näher zum Eide ist, wenn er sin erve gut dar an getügen oder sagen kann: das es seins vorfarenn gewest wer und ihm angeerbt, d. h. wenn er zu behaupten vermag, daß sein Erblasser zur Zeit des angeblichen Leihvertrages die Sache bereits besessen habe.

Greifen endlich beide Theile zu Erbschaft, so wird nach dem im § 9 entwickelten Grundsatz in der Regel der Beklagte siegen. Hierher gehört Lex Bajuv. XVII, 2. Der Kläger und der Gewere des Beklagten streiten auf folgende Weise mit einander, Letzterer sagt:

> cur invadere conaris territorium, quod ego juste jure hereditatis donavi? Ille alius contra: cur meum donare debuisti, quod antecessores mei antea tenuerunt? Iste vero dicit: non ita sed mei antecessores tenuerunt et mihi in alodem reliquerunt . . . Sin autem cum sacramento se defendat, id est, cum XII quod suam terram injuste non firmaret alteri, rel.

Dieser Vorzug des Besitzers wird aber natürlich nur dann Platz greifen, wenn nicht etwa der Besitz der Vorfahren des einen Theils als der ältere erscheint. Hieraus ergiebt sich das richtige Verständniß der Urkunde von 1325 bei Schottel[8]), welche in der früheren Abhandlung[9]) nicht richtig erklärt ist. Der Graf von Anhalt und der Bischof von Halberstadt streiten in Ansehung dreier verschiedener Punkte miteinander. Der dritte Punkt betrifft das Schloß Wegeleben. Der Graf behauptet, daß er Eigenthümer sei und seine Vorfahren es dem Bisthum verpfändet hätten; er bietet Zahlung an und verlangt Rückgabe. Der Bischof behauptet ebenfalls Eigenthum, befindet sich im Besitz und bezieht sich ebenfalls auf das Eigenthum seiner Vorfahren. Der Beweisvortheil muß dem Grafen von Anhalt zugesprochen werden, denn, da er Verpfändung behauptet, so

---

8) De singul. quibusd. et antiquis in Germania juribus. 1671. S. 143, 144.

9) Zeitschr. XIV, S. 240.

spricht er aus der Person seiner Vorfahren älteren Besitz an. Das Urtheil lautet:

na deme mahle dat usse Herr von Halberstadt sprecket alse dat huss tho Wegeleve iss use und unses Goddes Huses eygenet und hebbent in Nutte und in Gelde und in Erven hebbenden wehren, unde hevet unse Vorfahre an uns gebracht, dat man unsen Herren von Halberstadt in syner eigentlicken Erven hebbenden Wehren besitten schal laten, wente man öhme die eigentlicke were brecke alse recht is.

Aus den hervorgehobenen Schlußworten geht deutlich hervor, daß in der That dem Grafen das Beweisrecht zugesprochen ist, der täuschende Schein, als ob für den Bischof gesprochen wäre, wird nur dadurch hervorgebracht, daß kein reines Beweisurtheil vorliegt, sondern ein Beweisurtheil in Form eines bedingten Endurtheils. Wenn die dem Bischof günstige Alternative in den Vordergrund tritt, so hat das wohl den Grund, daß der Graf den Beweis nicht gehörig angeboten hatte und daß sein Unterliegen deshalb vorauszusehen war. In solchen Fällen aber wählte man häufig diese Form[10]).

Die vorstehend entwickelten Grundsätze geben also ein vollständiges und völlig verständliches Bild von der Stellung, die die Erbschaft in der Lehre vom Schutz des Eigenthums einnahm. Sie legen aber auch ein gewichtiges und, wie es scheint, unumstößliches Zeugniß dafür ab, daß der Vorzug des älteren Besitzes das Fundament dieser ganzen Lehre ausmacht und ergänzen somit das, was der im § 7 gegebenen Beweisführung noch etwa fehlen möchte, in der entschiedensten und zuverlässigsten Weise.

§ 11.

III. Die juristische Gewere.

Die verschiedenen Bedeutungen des Wortes Gewere, welche in den Quellen vorkommen, lassen sich im Wesentlichen auf fünf

10) Planck, Bew. Urth. S. 56 u. 298.

zurückführen[1]): 1) factischer Besitz ohne Rücksicht auf Absicht und Rechtsgrund, also mit Einschluß des unrechtmäßigen Besitzes[2]) und der Innehabung für einen Andern[3]); 2) Besitz mit einem gewissen Anfang und einer gewissen Dauer: rechte Gewere; 3) das Verhältniß dessen, der früher besessen, aber mit dem Besitze nicht das Beweisrecht, das der Besitz gewährt, eingebüßt hat: juristische Gewere; 4) das Beweisrecht selbst[4]); 5) Eigenthum oder Recht im Allgemeinen[5]).

Die Grundbedeutung, aus der alle übrigen sich ableiten lassen, ist die des factischen Besitzes. Die Vorstellung, durch welche sich diese Ableitung vermittelt, ist die, daß der factische Besitz einen Rechtsschutz gewährt. Dieser Schutz erweist sich wirksam selbst für den unrechtmäßigen Besitzer, auch dieser soll nicht eigenmächtig vertrieben, es soll ihm zuvörderst die Gewere gebrochen werden[6]). Gesteigert erscheint dieser Rechtsschutz in der rechten Gewere, welche nur von dem gebrochen werden kann, der zu rechter Zeit Widerspruch erhoben, oder durch Unmündigkeit, Abwesenheit oder echte Noth daran verhindert gewesen[7]). Schwieriger wird jene Ableitung für die anderen drei Bedeutungen, von denen hauptsächlich die von Albrecht so genannte juristische Gewere in Betracht kommt, da sie für den Gegenstand dieser Abhandlung von entscheidender Wichtigkeit ist.

Die Quellen schreiben hier dem eine Gewere zu, der

---

1) S. d. Abh. des Verf. in d. Zeitschr. XIV, S. 207 flg. § 1 u. 9.

2) Sächs. Ldr. II, 24 § 1; 25 § 1; 35. — Sächs. Lehnr. 14 § 1 u. 9; 59 § 1; 60 § 1. — Verm. Sachsensp. I, 32 d. 1; 4, 28; 1, 46 d. 9. — Schwabensp. 191^b, 76 II. —

3) Sächs. Lehnr. 62 § 7. —

4) Richtst. Lehnr. 15 § 8 (Homeyer, S. 616). 29 § 2. — Richtst. Ldr., Ludovici 16 u. Unger, 26. —

5) Sächs. Ldr. III, 82 § 2; II, 44 § 3. — Verm. Sachsensp. I, 38 d. 1; I, 33 d. 3. — Gosl. Stat. S. 28 Z. 18 u. 19. — Sächs. Weichb. (Daniels) 31.

6) Sächs. Ldr. II, 24 § 1 u. 70. — Sächs. Lehnr. 38 § 4. — Verm. Sachsensp. I, 32 d. 1; 46 d. 9. — Schwabensp. Ldr. 191 u. Lehnr. 68.

7) § 5, Anm. 12—14.

nicht besitzt. Die Hauptfälle dieser juristischen Gewere sind: 1) die Gewere des ehemaligen Besitzers, der den Besitz ohne seinen Willen eingebüßt hat und 2) die Gewere des Erben, der noch nicht Besitz ergriffen hat, an den Gegenständen des Nachlasses. Gewere in diesem Sinne ist nicht rechte Gewere, aber auch nicht reine Thatsache, sie ist Thatsache mit einer Beimischung von Recht und diese Beimischung bildet den dunkeln Punkt in der Lehre. Der Begriff der juristischen Gewere hat etwas Mystisches, das sich unserer Rechtslogik völlig zu entziehen scheint. Die einfachste Lösung des Problems könnte zunächst die sein, daß Gewere hier gar nicht Besitz heißt sondern Eigenthum, dieses Wort in seiner weitesten Bedeutung genommen. Allein die Quellen lassen diese Deutung entschieden nicht zu. Denn sie kennen neben der juristischen Gewere die rechte Gewere und selbst diese, obwohl dem Eigenthum weit näher stehend, entspricht diesem Begriffe nicht völlig. Außerdem aber heben die Quellen selbst ausdrücklich hervor, daß Eigenthum und juristische Gewere etwas Verschiedenes sind.

Sächs. Lehnr. 6 § 1. **Die vader erst uppe'n sone die gewere des gudes mit sament deme gude** das. **26 § 9 sine rechten unde sine erren geweren, die upit kind geerst is.**

Schwäb. Lehnr. 96. **Swem man sine gewer mit gewalte nimt, der verliuset weder gewer noch lehen.**

Also nicht bloß das Recht des Vaters sondern auch seine Gewere erbt auf den Sohn und der Entsetzte behält nicht bloß sein Recht sondern auch seine Gewere. Dieser Erklärungsversuch muß somit völlig aufgegeben werden. Einen eigenthümlichen Weg schlägt Albrecht ein, er sucht ein Rechtsverhältniß zu construiren, welches weder Besitz noch Eigenthum ist; dieses, das Recht zur Vertheidigung einer Sache, ist ihm die Gewere und sie bildet die Grundlage des germanischen Sachenrechts insbesondere das Fundament der dinglichen Klage. Dieser Versuch, Methode in die Mystik des Begriffes zu bringen, scheitert jedoch ganz entschieden daran, daß jedes dingliche Recht, welches nach bestimmten Regeln entsteht und untergeht, an sich

absoluter Natur ist, während die Gewere eine relative Construction hat, und daß, wie jetzt nicht länger mehr bezweifelt werden kann, die dingliche Klage auf dem Eigenthum beruhet und nicht auf der Gewere. Albrecht hat in Ansehung der Gewere denselben Fehler gemacht, dessen sich die Romanisten und besonders Jhering in Ansehung der bonae fidei possessio schuldig gemacht haben, welche sich ebensowenig dem Begriffe des dinglichen Rechts unterwerfen läßt. Man kann sich nicht verhehlen, daß alle Versuche, das Problem innerhalb des materiellen Rechts zu lösen, fehlgeschlagen sind.

Ein ganz anderes Licht aber gewinnt die Sache, wenn wir sie von der prozessualischen Seite ansehen. Die beiden hervorgehobenen Hauptfälle der juristischen Gewere sind zugleich dieselben, welche im Beweisrecht eine so große Rolle spielen. Von diesem Punkte aus eröffnet sich uns das Verständniß. Der Rechtsschutz des Eigenthums beruht auf dem Beweisrecht, das Beweisrecht beruht auf der Gewere, nichts natürlicher also, als daß das Wort, welches die Ursach bezeichnet, auch zur Bezeichnung der Wirkung verwendet wird. Gewere ist der Rechtsschutz, den wir durch die Gewere haben. Dieser Rechtsschutz ist besonders dann wichtig, wenn der Eigenthümer nicht im Besitze der Sache ist, wenn er diesen Besitz erlangen will. So kommen wir auf einfachem Wege dazu, auch dem Nichtbesitzer eine Gewere zuzuschreiben, wie wir denn schon bei den Römern eine verwandte Anschauung vorfinden.

L. 17 pr. D. de poss. (41, 2) Si quis vi de possessione dejectus sit, perinde haberi debet, ac si possideret, quum interdicto de vi recuperandae possessionis facultatem habeat[8]).

Wer den auf der Gewere beruhenden Rechtsschutz hat, hat insoweit die Gewere selbst.

---

8) cf. L. 15 de R. J. Is, qui actionem habet ad rem recuperandam, ipsam rem habere videtur. L. 143 de V. S. L. 16 § 4 D. de hered. petit. (5, 3) si vi fuerit dejectus, peti ab eo hereditatem posse, quasi a juris possessore, quia habet int. U. V.

Fassen wir nun die beiden mehrgedachten Hauptfälle der juristischen Gewere näher ins Auge. 1) Wer den Besitz der Sache wider Willen verloren hat, behält die juristische Gewere. Dieser Satz ist identisch mit dem anderen Satz: wer den Besitz wider Willen verloren hat, ist näher zum Eide als der gegenwärtige Besitzer. Beide Sätze aber bedürfen noch einer Erweiterung. Es ist in Ansehung unbeweglicher Sachen nicht nothwendig, daß der Kläger eine bestimmte Art des Verlustes angiebt, der ältere Besitz als solcher verschafft ihm das Beweisrecht. Freilich muß man dabei voraussetzen, daß er nicht veräußert habe, aber diese Voraussetzung ist völlig ungefährlich, denn wenn der Kläger veräußert hat, so gebührt dem Beklagten oder dessen Vorbesitzer das Beweisrecht. Dieselbe Erweiterung zeigt sich auch auf dem Gebiete der Gewere in dem Satze, daß die ältere Gewere der jüngeren vorgeht. 2) Wer behaupten kann, daß sein Erblasser besessen hat, ist näher zum Eide als der gegenwärtige Besitzer. Dieser Satz ist identisch mit dem anderen Satze, daß der Vater die Gewere auf den Sohn erbt oder allgemeiner ausgedrückt, daß der Todte den Lebendigen erbet, soweit hierbei an den Übergang der Gewere gedacht wird. Es ist durchaus nicht zu erweisen, daß das ältere Recht hiermit den Übergang des Besitzes, im thatsächlichen Sinne gemeint hat, und wenn spätere Rechte[9]) diese Auffassung haben, so ist das ein Mißverständniß, dessen Quelle sich später zeigen wird. Die Eigenthümlichkeit des Rechtssatzes liegt also darin, daß derjenige, der sich, um sein Eigenthum zu schützen, auf älteren Besitz berufen will, nicht in eigener Person besessen zu haben braucht, daß es genügt, wenn nur sein Erblasser besessen hat.

So ist denn also im Grunde auch die juristische Gewere nichts als thatsächlicher Besitz, aber ehemaliger Besitz, sei es eigener oder ehemaliger Besitz des Erblassers. Diese Thatsache aber ist prozessualisch von solcher Bedeutung, daß sie das Recht

---

9) Magd. Pol. O. E. XLIV § 15 u. Churköln. Rechtsordn. IX § 1. S. dagegen Sächs. Ldr. III, 31 § 2.

zu vertreten im Stande ist. Dasjenige Element also, welches der Gewere rechtliche Natur verleiht, gehört dem Prozesse an und läßt sich in der Betrachtung völlig von dem materiellen Recht ablösen. Nur dadurch daß der Sprachgebrauch das, was die Gewere ist und das, was sie wirkt, völlig mit einander verbunden und verschmolzen hat, entsteht jenes eigenthümliche Doppelwesen, welches weder Recht noch Thatsache und doch wieder beides zugleich ist, und in dessen geheimnißvolle Natur so schwer einzudringen ist, weil die Verschmelzung von solcher Innigkeit sich erweist, daß im einzelnen Falle oft gar nicht zu sagen ist, ob Gewere die reine Thatsache des Besitzes oder die erste Wirkung derselben, das Beweisrecht, oder weiter das Verhältniß dessen, der um seines ehemaligen Besitzes willen das Beweisrecht hat, oder endlich die letzte Wirkung, das zu erweisende Recht selbst ausdrücken soll.

Gegen diese Auffassung hat man geltend gemacht: die rechtlichen Wirkungen der Gewere würden aus dem Gebiete des materiellen Rechts in den Prozeß verpflanzt, das sei ein Hineintragen unserer heutigen Denkweise in das ältere Recht, eine Übersetzung, welche die Ursprache nicht treu wiedergebe; der Beweis sei im älteren Recht nicht etwas von dem materiellen Rechte Gesondertes, sondern die gesetzliche Form, das gesetzliche Gewand gewesen, in welchem ein Recht im Falle der Bestrittenheit habe auftreten müssen, um anerkannt zu werden und insofern ein integrirender Bestandtheil seiner rechtlichen Existenz. Richtig ist nun allerdings, daß das ältere Recht das materielle und das prozessualische Element nicht trennt, aber wenn zugegeben werden muß, daß die Befugnisse, welche an die Gewere geknüpft werden, in der That prozessualische sind, so sind wir vollkommen berechtigt, sie als solche aufzufassen. Um das unentwickelte Rechtsbewußtsein der älteren Zeit zu verstehen, müssen und dürfen wir das zu Hülfe nehmen, was wir im Laufe der Zeit an logischer Klarheit und Unterscheidungskunst gewonnen haben. Es ist ja nicht das Recht selbst, sondern die Rechtswissenschaft unserer Vorfahren, die wir in gewissen Punkten ergänzen. Nicht

dadurch lernen wir eine entschwundene Rechtswelt kennen, daß wir das vergessen, wodurch unsere Wissenschaft bereichert ist, sodann dadurch, daß wir jene Welt von unserm Standpunkt aus betrachten und ohne diesen aufzugeben uns in sie versenken.

IV. Die juristische Natur der dinglichen Klage.

§ 12.

1. Eigenthum des Klägers.

Der juristische Grund der Klage ist das Eigenthum des Klägers. Dies ist jetzt, namentlich durch die Untersuchungen von Bruns als zweifellos anzusehen. Weder der Besitz noch die Gewere im Albrecht'schen Sinne sind Klagegrund. Insoweit stimmt das germanische Recht mit dem römischen überein. Weit größer aber als die Übereinstimmung ist die Verschiedenheit. Sie zeigt sich zunächst darin, daß der Kläger nicht den Erwerb des Eigenthums beweist, sondern sein Eigenthum beschwört. Seine und der Mitschwörenden Überzeugung treten an die Stelle eines Erwerbactes. Eine zweite Abweichung liegt darin, daß auch der Beklagte, wenn ihm das Beweisrecht ertheilt wird, einen Eid leisten muß und zwar im Wesentlichen denselben Eid, nämlich daß die Sache sein sei, daß er mithin nicht ohne den Beweis des Eigenthums, im germanischen Sinne, losgesprochen wird[1]). Hieraus ergiebt sich die Eigenthümlichkeit, daß die Parteirollen im Ausdruck so wenig unterschieden und dieselben Wendungen von einem wie vom anderen Theile gebraucht werden. Vom Beklagten so gut, wie vom Kläger wird gesagt: vindicare[1a]), ansprechen[2]), abgewinnen[3]),

---

1) Das kleine Kaiserrecht II, 108 (oben § 6, 1) läßt schon den Einfluß des röm. Rechts erkennen.

1a) Bruns, S. 287.

2) Sächs. Ldr. II, 43 § 1. — Verm. Sachsensp. I, 33 d. 2. — Sächs. Lehnr. 40 § 1. — Richtst. Lehnr. 29 § 3.

3) Richtst. Ldr. 16 S. 29 Z. 13 u. 18.

behalten[4]). Aus dieser Eidestheorie folgt endlich auch, daß kein directer Gegenbeweis möglich ist[5]) sowie daß der Grund des Besitzes an sich zur Begründung der Klage nicht erforderlich ist. Was über Angabe des Besitztitels in den Quellen vorkommt, bezieht sich nicht auf den Klagegrund sondern auf Gewinnung des Beweisrechts, weshalb denn auch der Eid der Partei lediglich auf die Existenz des Eigenthums gerichtet ist. In Ansehung der beweglichen Sachen leidet dies keinen Zweifel. Das Eidesthema wird wiederholt dahin angegeben, der zum Eide verstattete Theil solle schwören: daß die Sache sein sei, oder: daß die Sache zu der Zeit, da sie ihm gestohlen oder geraubt worden, sein gewesen sei und noch sei, zuweilen mit dem Zusatz: daß er ihrer seit dieser Zeit nicht wieder ansichtig geworden sei[6]). Was die unbeweglichen Sachen betrifft, so geben die Quellen seltener den Wortlaut des Eides, jedoch fehlt es nicht an Belegen dafür, daß auch hier der Eid sich ganz allgemein auf das Recht des Schwörenden bezieht.

Goslar. Stat. S. 26 Z. 1—4: dat dit hus . . . min erve is unde in mine were komen is;

Verm. Sachsensp. I, 43 d. 4. Daz dit gud . . . . . meth rechte unerstorben ist unde in myne gewere mit rechte komen ist (Goslar. Stat. S. 25 Z. 40[7]).

---

4) Alt. Lüb. R. II, Art. 157. Sächs. Lbr. II, 36 § 4; III, 21. — Magd. Schöff. Urth. Böhme VI, 152. —

5) Planck, Bew. Urth. S. 45, 47, 69 u. 70. Gegenbeweis durch Augenschein war zuläſſig. Brünner Schöffenbuch, No: 100. Si arrestans dixerit, se equum ante decem annos perdidisse et arrestatus per facti evidentiam — probaverit, equum non tanto tempore vixisse, arrestans equum perdet.

6) Schwabensp. 57. — Verm. Sachsensp. I, 33 d. 5; 43 d. 3; IV, 42 d. 3, 25. — Sächs. Weichb. (Daniels) Art. 102 § 1. 101. al. 39 u. 133. — Hamb. Stat. XII, 5. — Goslar. Stat. S. 98 Z. 20. — Revid. Lüb. R. IV, 1 Art. 3. Weitere Nachweisungen s. bei Bruns, S. 313, 314.

7) Vergl. auch Richtst. Lbr. 27 z. A. u. Alt. Bamb. R. § 110 i. f: daz dy selbe habe sein vor gewesen sey vnd noch billicher sey denn yemant anders . . . ez sei vihe oder ligent habe.

In gewissen Fällen aber wird allerdings der Eid nicht sowohl im Allgemeinen auf das Recht, als vielmehr auf diejenigen Thatsachen gerichtet, welche das Beweisrecht gegeben haben. Dies geschieht namentlich im Fall der rechten Gewere[8]) und wird auch wohl in anderen ähnlichen Fällen so gehalten sein[9]). Darin liegt denn allerdings schon ein Übergang zum späteren Prozeß. Jene Thatsachen sind nun nicht bloß Grund des Beweisrechts, sondern auch zugleich Grund der Klage oder Einrede, womit sich der ältere deutsche Prozeß der römischen Anschauung und dem modernen Prozeß nähert. Daher kommt es, daß gegen den, welcher sich auf rechte Gewere stützt, Einreden zugelassen werden, welche an das Gebiet des directen Gegenbeweises streifen, nämlich daß der Gegner rechtzeitig Widersprache erhoben habe oder durch echte Noth an der Klage gehindert sei[10]). Die Regel bleibt aber immer, daß das Eigenthum schlechthin beschworen wird.

Insoweit nun das Eigenthum Klagegrund ist, insoweit hat die dingliche Klage des germanischen Rechts einen absoluten Character, der freilich eine nur subjective Grundlage hat. Aber die Sache bekommt sofort ein anderes Ansehn, sobald wir in Erwägung ziehen, daß der eigentliche Kampf sich um die Frage drehte, wem der Eid d. h. das Beweisrecht gebühre. Hier tritt das Princip der Relativität in voller Reinheit und Stärke hervor, ein Princip, welches beim Zusammenstoß mit dem fremden Recht dieses zu überdauern und sich bis auf den heutigen Tag zu erhalten gewußt hat. Dieses Princip beherrscht den germanischen Eigenthumsprozeß so vollständig, daß dagegen alles Übrige und insonderheit der absolute Character des Klagegrundes völlig in den Hintergrund tritt. Auf diesem Standpunkt scheint nun nicht mehr das Eigenthum, sondern die Gewere Klagegrund zu sein, auf diesem Standpunkt verliert sich der Streit um das Eigenthum in einen Streit

8) Planck, Zeitschr. X, S. 278—80.

9) S. z. B. Richtst. 12 S. 21 Z. 25 flg.

10) Richtst. Ldr. 27. Planck, Zeitschr. S. 280.

um das bessere Recht[11]), auf diesem Standpunkt endlich vermögen wir uns die große Dehnbarkeit der dinglichen Klage zu erklären. Wenn der Kläger oder der Beklagte schwor, daß die Sache sein sei, so dachte niemand dabei an das absolute Eigenthumsrecht, dessen Erwerbart nach bestimmten Regeln hätte feststehen müssen und welches wir erst von den Römern kennen gelernt haben, man meinte damit nur, daß dem Schwörenden ein Recht zustehe, die Sache zu besitzen und zwar ein besseres, als der Gegentheil in Anspruch nehmen konnte. So war die Klage geeignet, als wahre Universalklage zu dienen und jeglichen Inhalt dinglicher Art in sich aufzunehmen. Ja sie konnte nun auch von jemand angestellt werden, der gar nicht behauptete, der wahre Eigenthümer zu sein, wenn er nur überzeugt war, besser als der Beklagte zum Besitz der Sache berechtigt zu sein. Daher nahm man keinen Anstand, dem Commodatar u. s. f. die Klage zu gestatten und sie im Interesse des Verkehrs dem wahren Eigenthümer, der die Sache aus der Hand gegeben hatte, zu versagen[12]).

Dieser Universalität der Klage entspricht der Sprachgebrauch, sie wird in den Quellen gewöhnlich mit dem sehr allgemeinen Worte „Ansprache" bezeichnet[13]).

§ 13.

2. Besitz des Beklagten.

Der Besitz der streitigen Sache Seitens des Beklagten ist wie nach römischem, so auch nach germanischem Recht nothwendiges Erforderniß der dinglichen Klage.

---

11) Sächs. Ldr. II, 36 § 3: he mut it mit mereme rechte behalden denne jene. — Richtst. 11: das er pillicher het, denn er. — Schwabensp. 317: der behebet ez mit bezzerem rechte. — Alt. Bamb. R. § 110: daz dy selbe habe sein vor gewesen sey vnd noch billicher sey denn yemant anders. — Homeyer, S. 407.

12) Bruns, S. 315 flg. Das Detail über die Regel Hand wahre Hand bleibt hier ausgeschlossen, vergl. § 16 z. E.

13) S. z. E. Sächs. Ldr. III, 15 § 3; 21 § 1. — Goslar. Stat.

Sächs. Ldr. I, 15 § 2. Sculdeget man den man umme dat, des he nicht ne hevet, des untgat he mit siner unscult. Svat man aver under ime bewisen mach, dar vore mut he antwerden ane unscult.

Das. III, 31 § 2.
Stirft aver jene uppe den die klage gat, sine erven ne antwerden der vore nicht, sie ne hebben dat gut under en, dar umme jene beklaget was.

Goslar. Stat. S. 81 Z. 10—12. Welkerleye gut en in sinen weren heft . . . dar scal he vore antworden billiker denne de, de der were darvet[1]).

Wenn gelegentlich die Voraussetzung vorkommt, daß Keiner von beiden Theilen die Gewere habe[2]), so haben wir das wohl auf die rechte Gewere zu beziehen.

Es entsteht nun hier die wichtige Frage, wem das Beweisrecht gebührt, wenn der Beklagte den Besitz in Abrede stellt. Die in dieser Beziehung geltenden Grundsätze sind mit großer Klarheit in den Quellen niedergelegt. Zunächst ist zu bemerken, daß in diesem Falle ein doppelter Beweisact und ein doppeltes Beweisurtheil vorkommt. Zunächst über die Besitzfrage und sodann, falls das Ergebniß für den Kläger ist, über die Rechtsfrage[3]). Das Beweisrecht selbst aber gebührt dem Beklagten, der und zwar allein schwört, daß er die Sache nicht besitze[4]).

S. 28 Z. 7—10. S. 25 Z. 28. — Freiburg. Stat. (Walch III S. 198). — Münchner Stadtr. Art. 33. — Revid. Lüb. R. III, 2 Art. 1; IV, 1 Art. 3 u. 6. — Richtst. Ldr. 11, 16, 25. —

1) Vergl. auch Remiss. über den Sachsenspiegel, Anh. z. sächs. Weichbild 1547. verb. Gewer: die Ansprach umb ein Ding gebürt sich allemal wider den anzustellen, der ein Gut in seiner Gewer hat.

2) Sächs. Ldr. II, 42 § 1. Gl. zu II, 42. — Richtst. Ldr. 27.

3) Richtst. 11 u. 16.

4) Vergl. den oben cit. § 2 tit. 15 B I des sächs. Ldr. — Richtst. 11, 16, 39 u. 40. — Sächs. Ldr. I, 13 § 1 u. 22 § 4. — Magd. R. Art. 18 (Schott I S. 58). — Magdeb. Schöff. Urth. (Walch VIII S. 291). — Goslar. Statut. S. 81 Z. 13, 14. — Freiberg. Stat. (Walch III, S. 194) Art. 88.

Das war in Ansehung der beweglichen Sachen ein gefährliches Vorrecht des Beklagten, deshalb wurde grade hier von dem Vorzuge, den gewisse Beweismittel um ihrer Form willen hatten, besonders häufiger Gebrauch gemacht. Die leibliche Beweisung, die der Kläger bietet, geht dem Unschuldseide des Beklagten vor, ja sie ist selbst nach abgeleistetem Eide noch zulässig [5]).

Hierauf bezieht sich die Klage mit Anfang (Anfassen). Anfang ist jede [6]) auf Herausgabe einer beweglichen Sache gerichtete Klage, bei welcher der Kläger den Besitz des Beklagten durch leibliche Beweisung darthut, während die Klage auf Herausgabe einer Sache ohne diese Prozedur im Richtsteig: schlichte Klage genannt wird [7]).

In Ansehung der dinglichen Klage war die Befugniß des Klägers, sich des Anfangs zu bedienen, unbeschränkt. Wenn in einigen Quellen gesagt wird, daß man nur gestohlenes oder geraubtes Gut anfassen dürfe, so soll damit nur ausgedrückt sein, daß, wer eine Sache freiwillig aus seiner Gewere gelassen habe, gegen den dritten Besitzer sich des Anfangs nicht bedienen dürfe. Da aber dann der Kläger überall keine dingliche Klage, auch keine schlichte Klage hat, so ist jener Satz insoweit identisch mit der Rechtsregel, welche anderwärts so ausgedrückt wird: Hand muß Hand wahren. Allein damit ist die Frage noch nicht entschieden, ob der Kläger, wenn er mit der Contractsklage gegen den Contrahenten, z. B. gegen den Leiher auftreten will und Verleugnung nicht bloß des Vertrags sondern auch des Besitzes befürchtet, sich des Anfangs bedienen darf. In dieser Beziehung scheint wirklich eine Controverse obgewaltet zu haben [8]). Eine

5) Richtst. 11 a. E.

6) Vergl. die Abh. in der Zeitschr. XIV, S. 247 flg. u. Böhme, diplom. Beitr. VI, 129 (Kraut, § 90, No: 10).

7) Richtst. Ldr. 11, 17. —

8) Sächs. Ldr. III, 22 § 3; Richtst. 11 und Culm. R. V, 5, vergl. mit Gosl. Stat. S. 82 Z. 13—15 u. S. 98 Z. 36—38.

einfache Lösung derselben liegt jedoch darin, daß das bösliche Verleugnen des Besitzes dem Diebstahl gleich gestellt wird[9]). Übrigens lag in der Klage mit Anfang indirect ein Vorwurf der Unendlichkeit für den Beklagten, weshalb der Verlust des Prozesses mit empfindlichen Nachtheilen für den Kläger verbunden war.

Schließlich ist zu erwähnen, daß auch schon die nominatio auctoris Seitens dessen, der nicht in eigenem Namen besitzt, vorkommt[10]).

§ 14.

V. Die dingliche Klage als Besitzklage.

Die bisher beschriebene Klage ist eine dingliche, da sie auf dem Eigenthum beruhet und gegen jeden Besitzer geht. Neben dieser Klage giebt es nun nicht noch, wie bei den Römern, besondere Klagen zum Schutz des Besitzes[1]), vielmehr bediente sich der Eigenthümer, wenn er gegen denjenigen selbst, der ihm den Besitz entzogen hatte, klagend auftrat, ebenfalls jener allgemeinen Klage, die dann nur einen auf die verletzende Handlung bezüglichen Zusatz erhielt[2]). In diesem Falle konnte ein dreifacher Beweisact und ein dreifaches Beweisurtheil vorkommen. Der Kläger behauptet, daß ihm der Beklagte den Besitz entzogen habe. Der Beklagte bestreitet, die Sache zu besitzen und will dies beschwören. Der Kläger bietet leibliche Beweisung an. Es wird für den Kläger erkannt[3]). Nachdem so der Kläger den Besitz des Beklagten dargethan, bestreitet der Beklagte die Weg=

9) Kl. Kaiserr. II, 41 u. die in der Abh. Zeitschr. XIV Anm. 62 citirten Stellen.

10) Richtst. Ldr. 14 z. A.

1) Bruns, S. 300 flg.

2) Der Bekl. muß nicht nur die Sache lassen, sondern auch Buße geben. Sächs. Ldr. III, 43 § 1; III, 47. Albrecht, S. 16 flg. — Das sächs. Lehnr. 14 § 1 nennt dies: die gewalt irvolgen. — Richtst. Ldr. 26 im ersten Theil (Abh. des Verf. in der Zeitschr. XIV, S. 226).

3) § 13 Anm. 5 flg.

nahme der Sache und benennt seinen Gewehren. Es wird dem Beklagten der Unschuldseid zuerkannt[4]). Der benannte Vorbesitzer verleugnet die Gewerschaft und nun wird schließlich dem Kläger das Recht zuerkannt, sein Eigenthum zu beschwören[5]). Daß die Klage gegen den, der den Kläger des Besitzes entsetzt hatte, dieselbe Klage ist, wie die gegen den dritten Besitzer, geht daraus hervor, daß der Kläger, wenn ihm das Beweisrecht ertheilt war, das Eigenthum zu beschwören hatte und daß der Beklagte, auch wenn er die Entsetzung einräumte, mit der Behauptung gehört wurde, daß er eine stärkere Gewere habe[6]).

Ein Bedürfniß zur Einführung einer besonderen Klage auf Wiedererlangung entzogenen Besitzes lag in der That nicht vor, da der Kläger zunächst nur ehemaligen Besitz anzusprechen brauchte, um das Beweisrecht zu erlangen. Freilich mußte er nun auch im Stande sein zu schwören, daß die Sache sein sei, der unrechtmäßige Besitzer hatte also auch gegen Dritte, die ihn seines Besitzes beraubten, kein Schutzmittel. Ohne das römische Recht würde man auch vielleicht niemals dazu gekommen sein, eine solche Klage zu gewähren, da das Bedürfniß in der That nicht groß ist. In anderer Beziehung aber lag allerdings eine Veranlassung zur Fortbildung vor.

Schon das älteste Volksrecht nämlich und nicht minder das deutsche Recht des Mittelalters enthielten die entschiedensten Verbote der Selbsthülfe[7]). Es lag daher nahe, dem Beklagten, der die Entwerung zugestehen mußte, die Einrede des Rechts vor der Hand zu versagen und ihn mit seinem Rechtsanspruch auf eine besondere Klage zu verweisen. Die Anfänge einer solchen Entwicklung liegen in der That vor. Die erste Spur zeigt sich in dem Landfrieden Rudolphs von Habsburg vom Jahr 1281:

---

4) § 8 nach No: 5.
5) § 8 No: 7.
6) Bruns, S. 296 u. 312.
7) S. Bruns a. a. O.

Swa ain man den andern ansprichet, er hab in sines guts entwert mit gewalt an reht, mag de chlager daz bringen mit zwein der nahsten und besten in der pfarre, daz er in entwert hat m. g. a. r., den sol man in sin gewer als lang setzen, als ez im auzen gewesen, und sol de schuldige 5 ph. geben dem rihter.

Eine ähnliche Bestimmung findet sich in dem Bayr. Ldr. von 1346 Art. 205 mit dem Zusatze:

hab er dann hincz im icht ze sprechen umb daz guot, da sol umb geschehen waz recht ist.

und in dem Münchener Stadtrechtsbuch von 1347 Art. 160, sowie in dem Rechtsbuch für das Bisthum Freising Art. 155. Daß hier eine Einwirkung des römischen Besitzrechts vorliege, ist deshalb unwahrscheinlich, weil die ganz eigenthümliche Bestimmung vorkommt, daß der Beklagte mit seiner Klage so lange warten muß, als der Kläger den Besitz entbehrt hat, eine Bestimmung, welche auch im canonischen Recht auftritt und noch bei den Juristen des 16. u. 17. Jahrhunderts vorkommt[8]).

Bruns sieht in diesen Rechtsbildungen nicht bloß die Verweisung des Beklagten mit seinem Rechtsanspruch zum besonderen Verfahren, sondern auch eine wirkliche Besitzklage, so daß der Kläger nicht nöthig gehabt hätte, sein Eigenthum zu beschwören. Zu dieser Annahme eines der germanischen Rechtswelt so völlig fremden Gedankens liegt jedoch keine Veranlassung vor, vielmehr deuten die Worte: er hab in sines guts entwert, bestimmt darauf hin, daß auch hier immer Eigenthum Klagegrund war. Der Vorbehalt für den Beklagten bezog sich theils auf dingliche Rechte, die neben dem Eigenthum bestehen können, theils deutet er auf die Möglichkeit des Nachweises, daß der Eid des Gegners falsch gewesen, eine Vorstellung, die dem germanischen Recht nicht fremd ist[9]).

---

8) c. 6 u. 7 C. 3 qu. 2. — Menochi de Recup. poss. XV, No: 647 flg.
9) Richtst. Ldr. 11. — Sachse, S. 104.

Die Abweichung vom sonstigen und bisherigen Recht ist also eine doppelte. Einmal wird dem Kläger auch in Ansehung der Gewalt das Beweisrecht gegeben und sodann wird dem Beklagten zur Zeit das Recht abgeschnitten, eine stärkere Gewere darzuthun. Wenn übrigens der Art. 205 des bair. Ldr. dabei nur von einfachem, der Art. 206 aber von mindestens einjährigem Besitz spricht, so ist das freilich ein augenscheinlicher Widerspruch, den Bruns wohl mit Recht aus dem compilatorischen Character des Rechtsbuchs erklärt. Um so unzulässiger aber ist es, dennoch den Art. 206, wie Bruns S. 322 thut, zum Beweise des angeblichen Satzes zu benutzen, daß Angabe des Erwerbgrundes bei Immobilien stets Klagebedingung gewesen. Nicht einmal von einer Besonderheit dieses Landrechts kann die Rede sein, theils wegen des Art. 205, theils weil Art. 203 die juristische Gewere des Entsetzten bestimmt anerkennt.

Dritter Abschnitt.

Fortdauer der dinglichen Klage des deutschen Rechts nach dem Zusammenstoße des römischen und germanischen Rechts.

Einleitung.

§ 15.

1. Bedürfniß der Fortdauer.

Die beiden vorhergehenden Abschnitte zeigen, wenn man das römische Recht in seinem Princip und der juristischen Construction nach betrachtet, einen Gegensatz, der kaum schärfer gedacht werden kann. Das römische Recht knüpft den Schutz des Eigenthums an die absolute Erwerblehre, das germanische Recht aber an gewisse thatsächliche Zustände an, die eine

relativ bestimmte Wirkung haben. Das römische Recht schützt den gegenwärtigen Besitzer so lange, bis der Kläger den Erwerb des Eigenthums bewiesen hat, das germanische Recht dagegen zieht den älteren Besitzer so lange vor, bis der Beklagte ein stärkeres Recht anzusprechen vermag. Das römische Recht schützt den Besitzer als solchen gegen Verletzungen des Besitzes, dem germanischen Recht dagegen ist diese bei den Römern so fein durchgebildete Besitzlehre unbekannt. Freilich zeigt auch schon das römische Recht in der Publiciana eine wenn auch unausgebildete Relativität und selbst die Usucapion ließ sich in einem gewissen Sinne aus dem Gesichtspunkte eines bedingten Vorzuges des früheren Besitzers auffassen. Aber auch wenn wir das römische Recht von dieser mehr innerlichen Seite betrachten, bleibt ein sehr großer und augenscheinlicher Gegensatz zwischen beiden Rechten, insbesondere ist ein Vorzug des älteren Besitzes, als solchen, nicht anerkannt.

Was wurde nun, als beide Rechte aufeinander stießen? Die herrschende Meinung ist sehr schnell mit der Antwort bei der Hand, das fremde Recht soll den vollständigsten Sieg davon getragen, das ältere einheimische Recht nur noch geschichtliche Bedeutung haben. Mittermaier's[1]) und Zöpfl's[2]) Versuche, die Spolienklage und das Possessorium ordinarium an das deutsche Recht anzuknüpfen, blieben ohne Erfolg, obwohl Albrecht beifällig darauf hinwies[3]) und obwohl Briegleb's Andeutungen über den Einfluß germanischer Rechtssitte auf die Jurisprudenz des Mittelalters[4]) geeignet gewesen wären, die Aufmerksamkeit wiederum auf diesen Punkt zu lenken. Selbst Bruns, der die Mühe nicht scheute, tiefer, als wir es bei unseren Civilisten gewohnt sind, in die germanische Rechtswelt einzudringen und mit einem großen Aufwande von Fleiß dem aus

1) Der gem. d. d. Prozeß. Beitrag 4 S. 291 flg.
2) Das alte Bamberger Recht S. 205 flg.
3) Gewere S. 15. A. 41.
4) Execut. Proz. Kap. 1 (1839).

jener entsprungenen Besitz der Rechte seine Stelle zu erkämpfen wußte, meint, daß der Einfluß des germanischen Rechts sich im Übrigen so ziemlich auf Nichts reducire[5]). So konnte denn endlich Gerber mit gewohnter Sicherheit die Behauptung aufstellen, jeder Versuch, von der Gewere noch heutzutage eine Nachwirkung zu erweisen, müsse von vorn herein als verfehlt erscheinen[6]).

Das Gegentheil soll hier erwiesen werden. Römisches und germanisches Recht haben sich auch auf diesem Gebiete durchdrungen. Die Vindication und die Interdicte der Römer sind allerdings aufgenommen und zwar im Wesentlichen unverändert, aber zwischen beide hat sich die dingliche Klage des deutschen Rechts eingeschoben.

Daß die Schwächen des römischen Systems zu dieser Neuerung aufforderten, ist oben im § 4 dargelegt. In der modernen Welt aber mußte das Bedürfniß einer Abhülfe besonders stark hervortreten, weil die germanischen Völkerschaften durch den ihnen inwohnenden Rechtsgedanken und durch Jahrhunderte lang fortgesetzte Übung mit dem Princip der Relativität des Eigenthumsprozesses vertraut geworden waren und sich an den darauf gegründeten leichteren Schutz des Eigenthums gewöhnt hatten. Dazu kam, daß Raub und Gewalt an der Tagesordnung waren und dem Beraubten ein leicht anwendbares Rechtsmittel gegen den, der die Sache vom Räuber erworben hatte, dargeboten werden mußte und dies umsomehr, als große Beweisführungen wegen der complicirten Jurisdictionsverhältnisse und der mangelhaften Communicationsmittel ungemein schwierig und kostspielig waren. Für den Fall erlittener Gewalt hatte zwar schon das römische Recht eine Aushülfe in der actio quod metus causa in rem scripta gegeben, indeß war die praktische Anwendbarkeit derselben ungemein beschränkt durch die Bestimmung, daß sie nach Ablauf eines annus utilis subsidiär sein

5) § 39; § 30 a. E.
6) Privatrecht § 73 Anm. 3.

solle[7]). Schon die Glosse zu L. 4 cit. bemerkt, daß die Vindication mit ihr concurriren und daß selten eine andere Klage fehlen werde. Deshalb gerieth die actio quod metus causa fast in Vergessenheit[8]). Aber auch in anderer Beziehung wußte man das römische Recht, selbst da, wo es eine leidliche Aushülfe gewährte, nicht anzuwenden. Ohne Zweifel dringt der Bestohlene oder Beraubte mit der Publiciana gegen denjenigen durch, der redlicher Weise vom Räuber oder Dieb erworben hat (§ 55). Man scheint jedoch, wie sich sogleich näher zeigen wird, allgemein angenommen zu haben, daß er nur mit der eigentlichen Vindication zum Ziele gelangen könne. Nimmt man nun noch hinzu, daß das Interdictum Utrubi, welches für jeden Fall zufälligen Verlustes beweglicher Sachen dem vorigen Besitzer ein bequemes Rechtsmittel gegen den gegenwärtigen Besitzer darbot, durch Justinian auffallender Weise beseitigt war, so leuchtet ein, daß das Bedürfniß in der That sich stark geltend machen mußte.

Es fehlt denn auch nicht an Beweisen dafür, daß die Fortdauer der dinglichen Klage des deutschen Rechts wirklich das praktische Bedürfniß zur Grundlage hat. So klagen Innocenz III.:

> Saepe contingit, quod spoliatus, per spoliatorem in alium re translata, dum adversus possessorem non subvenitur spoliato, commodo possessionis amisso, propter difficultatem probationum juris proprietatis amittit effectum. Unde non obstante juris civilis rigore sancimus rel. (c. 18 X de rest. spol. II, 13)[9]),

und Kaiser Friedrich II.:

> Saepe enim contingebat, ut qui a possessione cadebat,

---

7) L. 14 § 1 u. 2 D. quod metus (4, 2). L. 4 C. eod. (2, 20).

8) Gedacht wird ihrer in der Glosse zum Decret, bei Innocenz und Hostiensis s. unten § 26, jedoch nur im Vorbeigehen. S. auch Butrio zu c. 18 X de Rest. Spol., abgedruckt bei Bruns, S. 224, Anm.

9) Vergl. c. 5 i. f. X de caussa poss. (2, 12).

dum probationes de dominio non habebat, omni remedio se inveniebat exclusum (s. unten § 37 z. E.)[10]),

während spätere Praktiker noch sehr wohl der dem praktischen Bedürfniß entnommenen Motive sich erinnern. Es bemerken Petrus de Ferrariis (um 1410):

Est inductum remed. reintegr. poss., ne sua re privetur propter difficilem probationem dominii. (Pract. forma lib. in c. spol. poss.)

Carpzow:

non raro accidit, ut propter defectum tituli ac probationis ad dominium pertinentis ex sola possessionis causa res veniat decidenda (Proc. jurid. tit. I. art. 5 No: 36)

und Leyser:

Possessorium ordinarium quod in antiquiore possessione se fundat, petitorio praeferendum est. Eveniunt aliquando casus, in quibus .... petitorium difficillimum .. quod documentis nullis instructus esset (spec. 499 m. 7).

§ 16.

2. Möglichkeit der Fortdauer.

Ehe der Beweis der Fortdauer unternommen werden kann, ist darzulegen, welche Umgestaltungen die dingliche Klage des germanischen Rechts erfahren mußte, um fortdauern zu können.

Die germanische Klage ist auf das engste mit dem germanischen Prozeß verwebt, sie mußte aus dieser Verbindung heraustreten um sich geschickt zu machen für den modernen Prozeß. Die Umgestaltung ist also zunächst eine prozessualische.

Der germanische Prozeß beruhet auf dem Beweisvorzug und daher im Wesentlichen auf dem Parteieneide. Im Laufe einer allmäligen, Jahrhunderte durchlaufenden Entwicklung gelangte der Prozeß theils selbständig, theils unter dem Einfluß der fremden Rechte zu einer anderen Grundlage. Aus dem

10) Vergl. § 37 die Statuten von Pisa und Lucca.

Beweisrecht wurde eine Beweislast, an die Stelle des Parteieneides trat Beweisführung durch Zeugen, Urkunden, Vermuthungen, Augenschein u. s. f.[1]). Worauf mußte sich nun diese Beweisführung richten? Auf dasjenige, was früher die Partei beschwor, nicht füglich, denn die Partei beschwor ihr Recht im Allgemeinen; auf die Thatsachen, welche den Erwerb des Rechts selbst darstellen, ebensowenig, sofern man nicht den deutschen Gedanken des Eigenthumsschutzes aufgeben wollte. Sie mußte diejenigen Thatsachen erfassen, welche ehemals den Beweisvorzug begründeten.

Die oben im § 6 entwickelten drei Grundsätze des Beweisrechts:

1) die ältere Gewere geht der jüngeren vor,

2) die stärkere Gewere geht der älteren vor,

3) ist die Gewere auf beiden Seiten gleich stark, so geht die jüngere vor,

mußten also folgende Gestalt annehmen:

1) der ältere Besitz geht dem jüngeren vor,

2) das bessere Recht geht dem älteren Besitz vor,

3) bei gleichem Alter oder Recht geht der gegenwärtige Besitz vor,

und zwar in der Art, daß die Thatsache des ehemaligen oder gegenwärtigen Besitzes sowie der Grund des besseren Rechts nach den Regeln des modernen Prozesses zu beweisen sind[2]).

Diese prozessualische Umwandlung konnte ohne Schwierigkeit von statten gehn, nicht so leicht war die Aufgabe in materieller Beziehung. Der Satz zu 1 zwar, sowie unter Umständen der Satz zu 3 ließen sich, wenngleich sie neu waren, doch alsbald in das System des römischen Rechts einfügen, dem die Kategorien des Besitzes nicht fremd waren. Bedenklicher aber stand es mit der Feststellung des besseren oder gleich guten Rechts. Hier war in der That ein Problem zu lösen, dessen

1) Planck, Bew. Urtheil § 9, 10, 20—25.

2) Übergangsstufen s. § 38, 39 und 63.

Schwierigkeit bald genug hervortrat. Die Römer kennen nur das absolute Recht, nicht oder wenigstens nur in unvollkommener Weise ein relativ bestimmtes Recht, die germanische Lehre aber von der stärkeren Gewere war großentheils unbrauchbar geworden. Die rechte Gewere, als solche, war untergegangen, an ihre Stelle war die Acquisitiv- und Exstinctiv-Verjährung getreten. Die Fälle der s. g. Inzucht hatten sich aufgelöst in die römische Lehre von den ursprünglichen Erwerbarten. Die Lage des Beklagten der Klage aus älterem Besitz gegenüber war, wenn er auf die Einrede der Verjährung oder die Behauptung des eigenen Eigenthums beschränkt wurde, eine sehr gefährdete. Hier galt es also, etwas Neues zu schaffen, und dies war um so nothwendiger, als der häufigste aller Fälle, nämlich der, da der Besitzer von einem Dritten erworben hat, nicht mehr in der alten, überdies schwerfälligen Weise des Ziehens auf den Geweren erledigt werden konnte. Zu dieser Neuschöpfung nun wurde ein Stück des römischen Rechts, nämlich die der Ersitzung und der Publiciana entlehnte Lehre vom Titel verwendet, wobei sich die alten Geweren in Zeugen verwandelten. Die juristische Construction des besseren Rechts beruhte somit auf einer Durchdringung der germanischen Lehre von der stärkeren Gewere und der römischen Lehre vom Titel. Das Nähere muß den folgenden Untersuchungen vorbehalten bleiben, hier nur noch die allgemeine Bemerkung, daß diese Neuschöpfung nicht ohne Kampf und Schwankungen vor sich ging.

Wir haben nunmehr diejenige Gestalt kennen gelernt, welche die alte Klage des germanischen Rechts annehmen mußte, um fortdauern zu können, und es ist dadurch der Weg für die Untersuchung, ob sie fortgedauert hat, geebnet. Denn treffen wir in der Jurisprudenz des Mittelalters auf eine Klage der oben beschriebenen Art, so ist es zuverlässig die dingliche Klage des deutschen Rechts.

Ehe jedoch weiter fortgeschritten werden kann, ist an diesem Platze eine Bemerkung zu machen. Die germanische Klage war bei beweglichen Sachen in eigenthümlicher Art beschränkt.

Hatte der Besitzer die Sache freiwillig aus der Hand gegeben, so konnte er sich nur noch an den Empfänger halten. Diese unter dem Namen: „Hand wahre Hand" bekannte Rechtsregel ist nicht gemeinrechtlich[3]) geworden, mit ihr haben wir es daher nicht zu thun.

§ 17.

3. Formen der Fortdauer.

Die Art und Weise, wie sich die dingliche Klage des deutschen Rechts zu erhalten wußte, ist eine sehr eigenthümliche und eine sehr mannichfaltige. Hierüber muß zunächst Auskunft ertheilt und der leitende Gesichtspunkt aufgesucht werden.

Über die Entstehung des modernen Rechts besitzen wir von Briegleb[1]) eine vortreffliche Skizze in wenigen aber kräftigen Zügen, deren wir uns zu erinnern haben.

Die Wiege unseres heutigen Rechts ist Italien und zwar das Italien des Mittelalters, wo nach dem Untergange des römischen Reichs eine Vermischung römischer und germanischer Völkerschaften stattgefunden hatte. Trotz des Systems der persönlichen Rechte, vermöge dessen dem Römer sein römisches Recht, dem Germanen aber sein germanisches Recht verblieb, bildete sich bei der innigeren Verschmelzung der Nationen alsbald und zwar zunächst in den Städten ein neues gemeinsames Recht, als dessen Factoren römische Rechtswissenschaft und germanische Rechtssitte sich darstellen. Auch die gelehrten Juristen unterlagen dem Einflusse der letzteren, zumal sie als Richter, Advokaten und Inhaber der wichtigsten Stadtämter in unmittelbare Berührung mit dem Leben kamen. Das Übergewicht der Wissenschaft war jedoch formell so bedeutend, daß das germanische Element meist als solches nicht erkannt und nur dadurch

3) Beseler, § 86 Anm. 17. S. auch unten § 38 Anm. 22 flg. und § 67 z. A.

1) Exekut. Proz. Kap. 1 § 4 flg. S. auch Wetzel, Civ. Proz. Einl. u. Heidelb. krit. Zeitschr. III, S. 3 flg.

erhalten wurde, daß es für römisch galt. Unter dem Einflusse der germanischen Rechtssitte stehend, ohne sich dessen bewußt zu werden, suchte man deren Satzungen im römischen Recht und glaubte sie dort auch wirklich zu finden, indem man es mißverstand und höchst künstlich auslegte. So wußte sich das germanische Recht unter den sonderbarsten Verhüllungen Geltung zu verschaffen und ging gleichsam in Knechtsgestalt einher, rächte sich aber um so empfindlicher, denn am Schlusse der Entwicklung war das römische Recht zwar siegreich aber verdorben. Schon die Glossatoren konnten sich des Einflusses der Rechtssitte nicht erwehren, noch weit mächtiger aber machte er sich bei ihren Nachfolgern, den Commentatoren und Scribenten geltend. Ganz besonders wird diese mehr praktische Richtung durch Bartolus und dessen Schule vertreten, ein Umstand, der vielleicht mehr als alles andere geeignet ist, das enorme Ansehn desselben, über dessen wahren Grund man streitet[2]), zu erklären. Eine mächtige Stütze gewann das germanische Element am canonischen Recht, welches, wiewohl ebenfalls ohne sicheres Bewußtsein dieses seines Berufes als Erhalter der Rechtssitte, dem römischen Recht schon weit freier gegenüber stand, als die Commentatoren des Civilrechts. Ein ähnlicher Entwicklungsgang trat in Spanien und Frankreich ein, was aber Deutschland betrifft, so ist zu beachten, daß es nicht mit dem echten römischen Recht, wie Italien, in Verbindung getreten ist; man recipirte nicht das römische Recht, wie es in den Quellen steht und wie es heut wieder gelehrt wird, sondern nahm es in der Gestalt auf, die es in Italien, welches auch in anderer Beziehung an der Spitze der geistigen Bewegung stand, unter dem geschilderten Einflusse bekommen hatte, mit anderen Worten: man recipirte nicht das römische Recht, sondern das moderne Recht.

Dieser Umstand wird bei weitem nicht in dem Maaße gewürdigt, wie er es bei seiner Wichtigkeit verdient. Daß Deutschland damals den Schatz des juristischen Wissens nicht aus den

2) Savigny, R. Gesch. VI, S. 138.

Quellen des römischen Rechts, sondern aus den Schriften des Bartolus und seines schriftstellerischen Gefolges schöpfte, wird sich hinsichtlich der hier behandelten Materien unten näher zeigen. Es mag nur im Allgemeinen wiederholt[3]) darauf hingewiesen und zugleich auf einige spezielle Thatsachen, die in dieser Richtung bezeichnend sind, aufmerksam gemacht werden. Die Kammergerichtsordnung von 1507 unterscheidet (XXXVI § 7) das „alte Gesetz" und das „neue Recht" und meint mit dem ersteren das corp. juris civ., mit dem letzteren das canonische Recht und die Schriften des Bartolus nebst seiner Anhänger. Kaiser Maximilian wirft den Juristen vor, daß sie des Bartoli und Baldi Schriften und Meinungen als ohnfehlbare Orakel und Götteraussprüche zu allegiren pflegten[4]). Sastrow, der längere Zeit beim Reichskammergericht gearbeitet hatte und als Burgemeister von Stralsund 1603 in hohem Alter verstarb, hält es für nöthig daran zu erinnern, daß sich die Rechtskunde nicht allerdinge ex Bartolo, Baldo etc. studiren lasse[5]). Aber auch in Deutschland fehlte es an allem Bewußtsein über die selbständige Aufgabe der modernen Rechtswissenschaft und noch im Jahre 1587 versicherte ein deutscher Praktiker alles Ernstes, daß nicht nur das canonische Recht, sondern auch der Sachsenspiegel und die deutschen Land- und Stadtrechte aus dem „Zeughaus und Rüstkammer der römischen Rechten genommen seien"[6]).

---

3) Vergl. Briegleb, § 9 z. E. — Bruns, S. 374. — Kierulff, Civ. R. Vorrede S. XX flg. —

4) Nöllner, die deutschen Juristen S. 88. Das Titelkupfer in Ayrer's Proc. Jur. Belials contra Jesum (1691) hat die vier Brustbilder von Justinian, Carl V., Bartolus und Baldus.

5) Sastrow's Leben, herausgeg. von Mohnicke, Greifsw. 1823. II, S. 665.

6) Dr. Lersener, Ass. beim Hofg. zu Marpurg: Ob es besser sey nach beschriebenen Rechten .. oder nach .. selbstgefaßter Billigkeit zu urtheylen. Bei Saur, fascil. jud. ord. sing. Frankfurt 1588 a. E.: „man auch herrn Eck von Repkow das Kleydt, damit sein Sachs angezogen ist, wider abziehen, und es den Römischen Keyser Rechten, darauß es genommen, wider folgen lassen solte, wie gar bloß und ungestalt würde er doch stehn?" S. auch Eichhorn, St. u. R. G. § 444, e.

Dieser überall durchgehende Irrthum war verhängnißvoll, als später die elegante Schule der Franzosen und Holländer sowie in jüngster Zeit die historische Schule der Deutschen sich an die echten Quellen des römischen Rechts machten und mit Schrecken gewahrten, was im Verlaufe der Zeit aus demselben geworden war. Bei manchen Punkten hatte sich der moderne Rechtssatz sicher festgestellt und wurde als solcher anerkannt, schlimmer aber stand es mit denjenigen Elementen germanischer Abkunft, die man noch immer für römisches Recht hielt. Das Reinigungsgeschäft begann und wurde unter heftigen Kämpfen aber mit steigendem Erfolge durchgeführt. Hatte doch das moderne Recht, indem es sich selbst für römisches ausgab, von vorn herein den Boden unter den Füßen verloren. Überdies wurde der romanistischen Theorie das Glück zu Theil, Männer zu den Ihrigen zu zählen, die einzig in der Literaturgeschichte dastehen und eine wissenschaftliche Blüthe hervorriefen, welche in der vollendeten Meisterschaft eines Savigny ihren Höhepunkt erreicht hat. Dieses Reinigungsgeschäft war auf dem Standpunkt der Schule vollkommen berechtigt, denn jenes Einschmuggeln germanischer Rechtssitte unter römischer Hülle hatte eine heillose Verwirrung angerichtet. Aber unglücklicher Weise vertrieb man das germanische Element nicht bloß aus dem römischen Recht sondern suchte es, weil man es für Mißbildung hielt, aus dem Recht überhaupt zu vertreiben und hierdurch sind in der That Rechtsanschauungen und Rechtslehren verkümmert und zum Theil unterdrückt worden, deren Wurzeln sich in die innersten Tiefen unseres deutschen Lebens hinabsenken. Ebensosehr ist deshalb das Streben berechtigt, dasjenige, was nicht bloß Mißverstand ist, sondern einen noch lebensfähigen und der modernen Anschauung wahrhaft angehörigen Kern älteren deutschen Rechts in sich birgt, durch geschichtliche Darlegung seines Ursprunges und seiner fortdauernden, wenn auch verkümmerten und verhüllten Geltung zu retten und dadurch beiden Factoren des heutigen Rechts gleichmäßig gerecht zu werden. —

Diese allgemeinen Bemerkungen zeichnen den Weg vor

den die nachfolgende Untersuchung zu nehmen hat, denn die dingliche Klage des deutschen Rechts gehört zu jenen Instituten, welche für römisch gehalten wurden und deshalb später als Auswüchse geopfert werden sollten. Gleich anfangs erscheint sie in römischem Gewande und schlüpft gleichsam durch Hinterthüren herein, bald unter diesem, bald unter jenem, dem fremden Recht entlehnten Namen. Hier gilt es nun, Augen und Ohren zu schärfen, damit sie uns in keiner dieser Verhüllungen entgeht. Ihr erstes Auftreten ist leise, wir finden bei den Glossatoren nur Anfänge der späteren Entwicklung, die aber schnell Umfang und Kraft gewinnen. Irrthümlich würde es sein, hieraus schließen zu wollen, daß die Klage zu den Zeiten der Glossatoren weniger in Übung gewesen sei als später. Die Theorie bemächtigte sich nur allmälig der Sitte, die deshalb nicht weniger vorhanden war. Die Dogmengeschichte zeigt daher hier nicht das allmälige Entstehen eines Rechtssatzes, sondern nur das allmälige Eindringen des in der Sitte längst Bestehenden in die Wissenschaft. Daß aber die Theorie anfangs weniger unter dem Einfluß der Sitte steht, als später, ist ein natürliches Verhältniß, das sich in der Geschichte des Prozesses für Deutschland auf eine eigenthümliche Weise wiederholt[7]). So sind es denn vorzugsweise die italienische Jurisprudenz und die italienischen Stadtrechte des Mittelalters, auf die wir unser Augenmerk zu richten haben. In Deutschland finden wir nur das wieder, was dort geschaffen ist, und zwar finden wir es in den Schriften der Praktiker und in den Partikularrechten. Mit der romanistischen Lehre haben wir es wenig zu thun, denn diese begnügte sich damit, das Unrömische jener Klagen zu zeigen und hielt nun ihre Aufgabe für erledigt[8]), während die unsrige damit erst beginnt.

---

7) Planck, Bew. Urth. § 20 S. 147. Wetzel, Civ. Proz. S. 4.

8) Schon Cujacius mußte sich deshalb den Vorwurf gefallen lassen: cum in forum venisset de levissima quaestione consultus obmutuit. Jean Bodin, methodus ad facilem historiarum cognitionem 1566, Vorrede. S. jedoch § 30 unten.

I. Fortdauer als Besitzklage.

§ 18.

1. Vom Petitorium und Possessorium im Allgemeinen.

Nihil commune habet proprietas cum possessione[1]) ist ein Fundamentalsatz des römischen Rechts, der so sehr die Natur eines Axioms hat, daß er gar nicht als selbständiger Lehrsatz aufgestellt wird sondern nur gelegentlich behufs Sicherstellung gewisser Folgesätze vorkommt, wie denn auch Savigny nicht ansteht, den Ausspruch als solchen trivial zu nennen[2]). Gleichwohl hat keine Stelle des Titels den Commentatoren so viel Stoff geliefert, als grade diese. Es erklärt sich dies aus der germanischen Anschauungsweise, in welcher die älteren Juristen befangen waren, denn die Eigenthümlichkeit der Gewere besteht grade darin, die Begriffe von Eigenthum und Besitz in eine unauflöslich-mystische Verbindung gebracht zu haben. Die Folgen dieses nicht verstandenen Gegensatzes beider Rechte zeigten sich alsbald in der Behandlung der Klagen zum Schutz des Eigenthums und des Besitzes. Vindication ist die Klage, welche der Kläger durch sein Eigenthum begründet, er verlangt vom Gegner Anerkennung dieses Eigenthums und als Folge hiervon die Herausgabe der Sache, sie kann gegen jeden gerichtet werden, der die Sache inne hat. An diese schließt sich die Publiciana an. Die Besitzklagen dagegen sind dazu bestimmt, den Besitz ohne Rücksicht auf den Rechtsgrund desselben gegen gewisse Formen der Verletzung zu schützen, sie bezwecken entweder die Erhaltung oder die Wiederherstellung des Besitzes und sind gegen denjenigen gerichtet, der die Verletzung begangen hat. Grund,

---

1) L. 12 § 1 D. de acq. poss. (41, 2) cf. L. 52 pr. eod: nec possessio et proprietas misceri debent. — L. 14 § 3 D. de exc. rei jud. (44, 2) in interdicto possessio, in actione proprietas vertitur.

2) Besitz § 6 S. 39.

Zweck und Richtung der Eigenthumsklagen und der Besitzklagen sind ganz verschieden, nur eine äußere Ähnlichkeit ist es, wenn behufs Wiederherstellung des Besitzes eine Herausgabe der Sache, wie bei der Vindication vorkommt. Das germanische Recht dagegen kennt statt aller dieser Klagen nur Eine und zwar eine dingliche Klage, welche sich auf älteren Besitz gründet und daher geeignet ist, sowohl zum Schutze des Eigenthums als auch zum Schutze des Besitzes, insofern derselbe entzogen ist, zu dienen. Ursprünglich gründete sich freilich diese Klage als solche auf die Behauptung des Eigenthums während nur das Vorzugsrecht im Beweise auf dem Ansprechen des älteren Besitzes beruhete, indeß wird hier die Klage in der Umgestaltung genommen, welche im § 16 geschildert ist und welcher sie sich unterwerfen mußte, um fortbestehen zu können.

Nach dem Zusammenstoß beider Rechte wäre das Richtige gewesen, die Klage des deutschen Rechts in das System der dinglichen Klagen aufzunehmen. Daß eine auf älteren Besitz gegründete, gegen den gegenwärtigen Besitzer auf Herausgabe der Sache gehende Klage petitorischer Natur ist, zeigt sich durch folgende Betrachtung. Die Idee des römischen Rechts, daß der Kläger sein Eigenthum beweisen müsse, ist vollkommen richtig, sobald man voraussetzt, daß der Kläger die Anerkennung seines Eigenthums vom Gegner und vom Richter ausdrücklich verlangt. Die Römer hielten diese Voraussetzung fest und gingen der Schwierigkeit des Eigenthumsbeweises durch positive Institute aus dem Wege, nämlich durch die Ersitzung und durch die Publiciana. Ganz anders faßte das germanische Recht und das auf demselben beruhende moderne Recht das Problem auf. Verlangt nämlich der Kläger nicht ausdrückliche Anerkennung seines Eigenthums, begnügt er sich mit dem Verlangen der Herausgabe der Sache, so kann man ihm den Beweis des Eigenthums erlassen; genug, wenn nur erhellt, daß er besser berechtigt ist, die Sache zu haben, als der Beklagte; hierzu genügt zunächst schon der Beweis, daß er vor dem Beklagten im Besitze gewesen, von der Art und Weise der Vertheidigung des Beklagten hängt

es dann ab, ob der Kläger in Darlegung seines Rechts noch weiter vorzuschreiten habe. Erlangt der Kläger ein obsiegliches Urtheil, so ist freilich damit sein Eigenthum nicht anerkannt, aber er erhält den Besitz der Sache und kann etwaige weitere Schritte des Gegners abwarten. Es ist eine solche Klage ebensosehr petitorischer Natur wie die Publiciana[3]), welcher auch noch ein Vindicationsprozeß zwischen denselben Parteien folgen kann[4]); sie unterscheidet sich von derselben nur dadurch, daß die vom Prätor gemachte Concession noch um einen Grad gesteigert ist. Was das römische Recht dem früheren titulirten Besitzer gestattet, gestattet das deutsche Recht schon dem früheren Besitzer überhaupt, ohne nach einem Titel zu fragen. Die Fiction der vollendeten Ersitzung, wäre eine solche überhaupt anzunehmen, ließe sich von der ordentlichen Ersitzung ohne Zwang auf die außerordentliche übertragen. Die Römer würden, hätten sie die Klage gekannt, keinen Augenblick Bedenken getragen haben, sie eine dingliche zu nennen. Wir sehen dies an der außerordentlichen Usucapion. Behauptet der Kläger das Eigenthum durch Vollendung derselben erworben zu haben, so stützt er sich lediglich auf seinen ehemaligen Besitz und dessen Dauer, gewiß aber ist seine Klage eine dingliche. Wir sehen dies ferner an der actio quod metus causa; obschon der Kläger nur früheren Besitz und Verlust desselben durch Zwang oder Drohung darzuthun hat, wurde dennoch die Klage auch gegen den dritten Besitzer gestattet[5]). Mit den Besitzklagen hat die Klage aus ehemaligem Besitze nichts weiter gemein, als was auch die Vindication mit

---

3) § 31 I. de act. (4, 6) In rem, veluti Publiciana. Überschrift des Tit. 2 libr. 6 Dig: de Publiciana in rem actione.

4) S. unten § 68.

5) Oben § 4 Anm. 12. Savigny sagt zwar, die Klage bleibe nichts desto weniger in personam (Syst. I, 373 u. V, 25), indessen kommt es hier weniger darauf an, wie die Römer die Klage genannt haben, als darauf, ob sie sie gegen den Dritten gestattet haben. Denn daß letzterer Umstand im Ganzen und Großen das entscheidende Kennzeichen der dinglichen Klage ist, erkennt auch Savigny an.

jener gemein hat, nämlich den Antrag auf Herausgabe der Sache, im Übrigen kommt es weder auf bestimmte Formen der Verletzung an, noch ist die Klage ausschließlich gegen den Verletzer gerichtet, sie geht vielmehr, und das ist entscheidend, gegen jeden Inhaber der Sache. —

Der Gedanke, daß die Klage aus älterem Besitze zum Schutz des Eigenthums diene, hat sich den älteren Juristen zuweilen nahe gestellt. Hierher gehören zunächst die oben am Schlusse des § 15 angeführten Stellen, in welchen das Bedürfniß einer Abhülfe, welches sich fühlbar machte, auf den Eigenthumsschutz bezogen wird. Die Sache kommt aber auch noch bestimmter und zwar theoretisch vor. Man wirft grabezu die Frage auf, ob eine solche Klage petitorisch oder possessorisch sei, behandelt sie jedoch sehr äußerlich. Bei Einigen kommt indeß eine Auffassung vor, die sehr lehrreich ist. Paul de Castro und Barthol. Socinus meinen nämlich, die Klage sei zwar possessorisch, aber es sei ein possessorium, quod habet admixtam causam proprietatis, der Kläger müsse Eigenthum behaupten, weise es aber präsumtive durch älteren Besitz nach, es könne dann aber der Beklagte den Gegenbeweis führen, daß der Kläger nicht Eigenthümer sei[6]). Menochi erklärt sich zwar an einer Stelle[7]) gegen diese Ansicht, lehrt aber an einer andern Stelle im Grunde dasselbe, er verwirft nämlich die Präsumtion des Eigenthums aus älterem Besitze, ausgenommen in possessorio reintegrandae[8]). An einer dritten Stelle[9]) ist er dem richtigen Gesichtspunkt so nahe, daß man nur erstaunen kann, wenn er sich ihm dennoch wieder verschließt. Man müsse, sagt er in der Einleitung zur Lehre von der Präsumtion des Eigenthums aus dem Besitze, wohl unterscheiden, ob man vom Erwerb oder vom Schutz des Eigenthums rede; wie das Geständniß die Obliga-

---

6) Castr. cons. 105. Soc. zu L. 15 D. de poss. No: 1 u. 2.

7) De Recup. poss. XV, No: 2—4.

8) De Praesumt. VI pr. 63. No: 15.

9) A. a. O. No: 1.

tion nicht erzeuge, wohl aber schütze, ebenso könne der Besitz zwar nicht Eigenthum verschaffen, wohl aber dessen Beweis sichern. Dieser Zusammenhang hätte ihn unmittelbar auf den Gedanken bringen müssen, daß eine Klage aus früherem Besitze sehr wohl eine Klage zum Schutz des Eigenthums sein könne.

Noch bestimmter klingt diese Auffassung bei Frider an, welcher von einer auf ehemaligem Besitz beruhenden Klage sagt:

nihil aliud est quam Petitorium (unten § 22).

Aber man hat diesen Gedanken nicht festzuhalten vermocht und zählte eine solche Klage vielmehr zu den Rechtsmitteln zum Schutz des Besitzes, eine Ansicht, die zum Schaden der Wissenschaft heute noch nicht aufgegeben ist[10]).

Dies war verhängnißvoll sowohl für die Besitzlehre als auch für die Klage des deutschen Rechts. Jene wurde von Grund aus verfälscht und diese wurde in der Verhüllung nicht erkannt. Als später die Reinigung der Besitzlehre begann, wurde der Eindringling herausgeworfen, aber nicht bloß aus der Besitzlehre, sondern, soweit es möglich war, aus dem Recht überhaupt. Gegenwärtig ist die Aufgabe die, der dinglichen Klage des deutschen Rechts ihren Platz im System der petitorischen Klagen anzuweisen und damit zugleich das Reinigungsgeschäft hinsichtlich der Besitzklagen zum Abschluß zu bringen.

Aber wie kam man auf diesen Abweg? Die Antwort auf diese Frage ist wieder ein Beleg mehr für den gewaltigen Einfluß germanischer Rechtssitte auf die römische Rechtswissenschaft. Erstere kannte einen Besitzschutz als solchen, letztere eine auf älterem Besitz beruhende dingliche Klage nicht. Nun nahm man den Inhalt aus der Sitte, die Form aber aus dem römischen Recht; die deutsche Klage mußte es sich gefallen lassen, possessorisch zu heißen, die Interdicte aber mußten es sich gefallen lassen, ebensosehr zum Schutze des Eigenthums als zum Schutze des Besitzes, wie ehemals die germanische Klage, verwendet zu werden. Weil man für die wahre Bedeutung der Interdicte kein

---

10) Bruns, S. 286, 300, 441.

Verständniß hatte, mußte man nach einem Inhalt für die gegebene Form suchen und weil man für die deutsche Klage einer wissenschaftlichen Form bedurfte, so war es sehr natürlich, daß man dem einen wie dem anderen Bedürfniß durch jene Verbindung abhalf.

Seitdem lagen die Gebiete der petitorischen und possessorischen Klagen, welche im römischen Recht so strenge geschieden sind, gleichsam im Gemenge, was denn auch seinen sehr bestimmten wissenschaftlichen Ausdruck gefunden hat. Nach dem Vorgange der Canonisten wurde es nämlich üblich, die Lehren vom Besitz und vom Eigenthum unter der gemeinsamen Überschrift: de causa possessionis et proprietatis zusammenzufassen[11]) und die Besitzklagen zu den dinglichen Klagen zu zählen[12]).

Von selbst versteht es sich, daß man damit den Unterschied des römischen Rechts zwischen Petitorium und Possessorium nicht aufgab, aber man bestimmte ihn auf eigenthümliche Weise. Das Petitorium wird nämlich als vorhanden angenommen, wenn der Antrag ausdrücklich auf Anerkennung des Eigenthums gerichtet ist, das Possessorium aber, wenn der Antrag nur auf Restitution des Besitzes lautet. Es wird also alles Gewicht auf einen unwesentlichen Punkt gelegt[13]) und das Wesentliche des Unterschiedes, welches im Klagegrunde und in der Person des Beklagten liegt, übersehen. Regelrecht soll zwar der Klageantrag in einer Vindication dahin gehen, daß Beklagter verurtheilt

---

11) S. den tit. 2, 12 der Decretalen. Durantis, spec. jur. lib. IV. tit. de causa poss. et propr. sowie lib. II. tit. de petitorio, possessorio et spoliatione.

12) Bartolus zu L. 1 § 11 D. de it. act. priv. (43, 19) No: 4. — Menochi de ret. poss. III, No: 831. — Diese Meinung hat sich lange erhalten: Thibaut, Versuche II, S. 40, Anm. 10. Feuerbach, civil. Vers. I, S. 249. Man stützte sich auf L. 1 § 3 D. de interd. (43, 1); s. über diese Stelle Savigny, Bes. S. 32, Anm. 1.

13) Sarmiento sagt mit Recht: Non enim remedia possessoria dici debent, quibus possessio avocatur, quod in omnibus juris fit remediis, etiam in rei vindicatione et in actione ex emto. Lib. de redit. Eccles. p. I. c. 4 No: 12.

werde, das Eigenthum des Klägers anzuerkennen und demgemäß die Sache herauszugeben, indeß würde eine Vindication, in der sich sonst alle Erfordernisse vorfänden, deshalb nicht zu verwerfen sein, weil der Antrag nur das Verlangen der Herausgabe enthielte, ehemals aber würde die Klage um deswillen als Possessorienklage angesehen sein. Folgende Stellen mögen zum Beleg dienen. Schon Gratia, de jud. ord. (III, 1) sagt:

> Unum tamen scire debes et nunquam oblivioni tradere, quod sententia tantum ferenda est secundum formam petitionis, quia si petatur tantum restitui, non debet judex pronuntiare super restitutione et proprietate [14]).

Baldus bestimmt das Petitorium dahin:

> si petiit pronuntiare super dominio et non super restitutione possessionis (ad leg. 3 C. si a non comp. jud. VII, 48, No: 4);

Alexander Tartagnus hat folgenden Fall. Ein Grundstück, welches der Beklagte seit 14 Jahren auf Grund eines Kaufes besitzt, ist seinem Vorbesitzer vom Bruder des Klägers ohne Befugniß verkauft und übergeben. Kläger gestützt auf seinen früheren Besitz verlangt Herausgabe desselben. Der Jurist untersucht zunächst, ob ein Possessorium oder ein Petitorium vorliege und sagt:

> praesuppono quod videtur intentatum remedium possessionis recuperandae, ut colligitur ex narratione et conclusione libelli, in quo concluditur ad restitutionem possessionis . . in possessorio petitur restitutio possessionis et in petitorio petitur res ipsa non autem possessio. (Cons. V, 92, No: 2) [15]).

Decius sagt ebenfalls von einer auf älterem Besitz beruhenden Klage:

> constat, judicium, de quo agitur, possessorium esse, ut ex

---

14) Vergl. Tancred, Summ. de matrim. tit. 33. Abgedruckt bei Bruns, S. 172.

15) Vergl. II, c. 117 No: 5: concludit se reintegrari ad tenutam et possessionem domus, ergo non egit petitorio.

conclusione libelli colligitur, dum petitur, quod possessio restituatur . . et licet in principio libelli narratum sit etiam illud, quod videtur proprietatem respicere, dum dicitur, quod Jannes tenuit et possedit tanquam sua bona propria, tamen ex tali narratione proprietatis conclusio facta in possessorio non alteratur (Cons. 57, No: 1)[16]). Etwas anders, jedoch auch sehr eigenthümlich bestimmt Durantis[17]) und zwar, was bemerkenswerth ist, nur ganz gelegentlich den Unterschied. Wenn jemand, sagt er, schlechthin behauptet, er sei berechtigt, an der Bischofswahl Theil zu nehmen und deshalb die Ungültigkeitserklärung einer Wahl verlangt, so ist das reines Petitorium, wenn er aber sich auf Gewohnheit stützt, so ist das Possessorium und Petitorium: quia non solum dicitur quis prosequi possessorium, quando petit restitutionem possessionis, imo etiam quando se juvat possessione . . . patet, quod dicendo, quod electio ad me pertinet de consuetudine, videor dicere de jure acquisito per possessionem continuam usus jure eligendi praescripti, unde et possessorium et petitorium videor in hoc judicio deduxisse.

Also jede Klage, in welcher sich Kläger irgendwie auf Besitz stützt, namentlich auch jede auf Ersitzung gegründete Klage ist, wenn auch nicht rein possessorisch, so doch auch nicht rein petitorisch, sondern gemischter Natur.

Sehr ausführlich handelt Menochi von dem Unterschied[18]). Das Petitorium ist ihm vorhanden: cum de rei proprietate est quaestio; cum quod nostrum est, nobis restitui petimus; si petatur rem restitui[19]); habet petitorium duo extrema: dominium ex latere actoris, ex latere conventi

---

16) Vergl. Bruns, S. 230.

17) Spec. jur. lib. IV de causa poss. et propr. § 5 No: 17—19.

18) De Recup. poss. Praeludia No: 7—23, bes. No: 8—11, 18, 20—23.

19) Ripa zu L. 12 § 1 D. de poss. No: 197: Si concludatur ad restitutionem possessionis, erit intentatum poss., si ad restitutionem rei, erit intentatum petitorium.

7*

possessio. Das Possessorium aber ist ihm vorhanden: cum de sola possessione est controversia; si petatur, possessionem manuteneri vel restitui et reintegrari; si esset petitum, ne molestaretur. In zweifelhaften Fällen, namentlich wenn der Klagevortrag auf das eine und der Antrag auf das andre hinweisen, wird Kumulation angenommen. Auch die extrema possessorii untersucht Menochi und bestimmt sie in Betreff des int. recup. poss. dahin: agens praesupponit, se antiquitus possedisse et nunc conventum possidere. Im Allgemeinen ist er der Ansicht, daß Poss. und Petit. non contraria sed diversa judicia seien[20]).

Bei dieser Auffassung kann es denn allerdings nicht Wunder nehmen, wenn Bartolus untersucht, ob derjenige, der ein Buch verloren hat und dieses in den Händen eines Dritten findet, gegen diesen eine possessorische Klage habe[21]), eine Frage, die auf dem Standpunkte des Justinianischen Rechts gar nicht aufgeworfen werden konnte.

Gegen solche s. g. possessorische Klagen mußte man petitorische Einreden und gegen diese wiederum petitorische Repliken zulassen, eine Consequenz, die man, wie sich zeigen wird, nicht scheute und theilweis, namentlich wenn die Replik gleich in der Klage vorweg genommen wurde, durch Zulassung der Kumulation des Petitoriums und Possessoriums annehmbar machte.

Aus allen diesem erklärt es sich, weshalb uns die ganze Besitzlehre der Glossatoren und noch mehr ihrer Nachfolger so fremd erscheint, daß es die größte Mühe kostet, sich in ihren Ideenkreis hineinzuleben und ihre Terminologie zu verstehen. Denn sie waren stets bemüht, ihre Anschauungsweise mit den Quellen in Übereinstimmung zu bringen, was nicht ohne künstliche und gewaltsame Auslegungen möglich war. Auf dem hier vorliegenden Felde war es die civilis possessio, welche ihnen als Brücke und Vermittlung dienen mußte.

---

20) De Recup. poss. XV, 251.
21) Zu L. 15 D. de poss. (41, 2).

§ 19.

2. Possessio civilis und die juristische Gewere.

Die Frage, was die Römer unter ihrer civilis possessio verstanden haben, hat bekanntlich in alten und neuen Zeiten unendlich viel Köpfe und Federn in Bewegung gesetzt, indessen möchte die Bemerkung von Bruns, daß man der Sache eine zu große Wichtigkeit beigelegt habe, sehr beherzigenswerth sein, jedenfalls läßt sich behaupten, daß die Frage, wie die ersten Bildner unseres heutigen Rechts den Civilbesitz aufgefaßt haben, nicht minder wichtig und daß ihr Irrthum nicht minder folgenreich gewesen ist als die Aufdeckung desselben.

Daß die Glossatoren und ihre Nachfolger von der civilis possessio eine ganz andere Vorstellung hatten als die Römer und wir jetzt wieder, ist unzweifelhaft, aber wie kamen sie dazu? Savigny sieht die Veranlassung des Irrthums in einer Stelle der Quellen[1]). Bruns (S. 106) glaubt den Schlüssel in der Beschränktheit und Ungelenkigkeit der Glossatoren bei Auffassung allgemeiner Begriffe gefunden zu haben. Der wahre Grund liegt jedoch tiefer und führt uns auch hier wieder auf das germanische Recht zurück. Die Gewere des germanischen Rechts war es, welche, nach dem Zusammenstoß in den Anschauungen der modernen Völker fortlebend, unter dem Namen der possessio civilis in die Wissenschaft eindrang und unerkannt ihre Herrschaft fortsetzte. Der Rechtsbegriff der Gewere war nicht verschwunden und da man ihn im römischen System nicht fand, so preßte man ihn hinein, ohne sich jedoch Rechenschaft über das, was man that, abzulegen und in der vollen Überzeugung, daß das, was man in den Quellen suchte, auch wirklich in denselben enthalten sei. So finden wir denn in der possessio civilis der

1) Bes. S. 154. L. 10. C. de poss. (7, 32) Nemo ambigit, possessionis duplicem esse rationem: aliam, quae jure consistit, aliam, quae corpore.

Italiener die alte Gewere wieder in ihrer ganzen Vieldeutigkeit und in ihrer ganzen Mystik.

Von den mehrfachen Bedeutungen der Gewere kommen nur zwei in Betracht: die Gewere in der Bedeutung von Recht und die juristische Gewere. Die übrigen interessieren hier nicht, denn die rechte Gewere und das Beweisrecht sind nicht in das moderne Recht herübergenommen und was die factische Gewere betrifft, so genügt die Bemerkung, daß der Grundbegriff in beiden Rechten übereinstimmend ist, die Differenzpunkte aber allerdings vorherrschend im germanischen Sinne genommen wurden, weshalb denn, wie Bruns bereits ausgeführt hat, nicht nur der Besitz der Rechte entwickelt, sondern auch dem Pächter u. s. f. nicht selten Besitz beigelegt wurde[2]). Wichtiger ist für den vorliegenden Zweck dagegen zunächst die Gewere als Recht, welche Bedeutung in die possessio civilis des römischen Rechts hineingelegt wurde. Schon Irnerius hat den Unterschied zwischen Civilbesitz und Naturalbesitz durch juste und injuste possidere erklärt[3]) und diese Auffassung ist keineswegs, wie man wohl gemeint hat, eine zufällige Verirrung, die ohne Verbreitung geblieben. Sie findet sich in den dissensiones dominorum[4]) und anderwärts[5]). Bartolus nennt civilis possessio: jus insistendi rei non prohibitae possideri aptum producere civiles effectus respectu veri dominii[6]). Ihm folgt Baldus mit etwas veränderter Terminologie, indem er sagt:

2) Erst mit dem Eindringen des röm. Rechts kam der Sprachgebrauch auf, statt Gewere: Besitz zu sagen. Baumeister, Hamb. Priv. R. § 16 No: II. Anfangs wurden gewöhnlich beide Ausdrücke cumulirt. S. z. B. die Urkunde bei Duncker in der Zeitschr. II, 2 S. 52 u. 98.

3) Gl. civiliter zu L. 1 § 9 D. de vi (43, 16).

4) Haenel, § 104 p. 200: civiliter i. e. juste, naturaliter i. e. injuste.

5) Ungedruckter codex collegii Hispanorum Bononiensis, vom Herrn Prof. Merckel excerpirt, der die Güte gehabt hat, mir die Benutzung seiner Excerpte zu gestatten; vergl. Savigny, Gesch. des R. R. im M. A. IV, S. 216, 161, 504. c. 3. Dort heißt es: justa vero, quae civilis appellatur.

6) Zu L. 1 pr. D. de acq. poss. No: 8.

dominium nil aliud est, nisi jus, quo res mea est; possessio autem nil aliud, nisi jus, quo rem teneo, et hoc in possessione juridica: sed possessio non juridica nil aliud est nisi factum, quo rem teneo, et nomine facti non solum corpus sed etiam animus continetur[7]).

Daß er statt possessio civilis: possessio juridica sagt, beweist nur, daß er hinsichtlich der Übereinstimmung mit den Quellen zwar Bedenken hatte, aber dennoch der Herrschaft des germanischen Gedankens sich nicht entziehen konnte. Ripa[8]) hat wörtlich die Erklärung des Bartolus und Bartholomäus Socinus[9]) die des Irnerius.

Hauptsächlich kommt es nun aber hier auf diejenige der possessio civilis beigelegte Bedeutung an, welche der juristischen Gewere entspricht. Letztere ist das Verhältniß dessen, der zwar gegenwärtig nicht besitzt, aber früher besessen und das Vorzugsrecht im Beweise nicht eingebüßt hat. Diese Bedeutung können wir nun freilich nach dem Zusammenstoße nicht mehr in derselben Form finden, da der Prozeß eine andere Gestalt angenommen hat, wir müssen daher zunächst den Begriff der juristischen Gewere mit dem modernen Prozeß in Einklang setzen, und dies geschieht, wie bereits früher angedeutet worden, einfach dadurch, daß wir die juristische Gewere als das Verhältniß des ehemaligen Besitzers bezeichnen, der um seines älteren Besitzes willen dem gegenwärtigen Besitzer vorgezogen wird. Daß nun die juristische Gewere in diesem Sinne possessio civilis genannt wurde, soll jetzt bewiesen werden.

Bei aller Verschiedenheit der Meinungen über den Gegensatz zwischen Civil- und Naturalbesitz, wie sie sich schon bei den Glossatoren zeigt[10]), ist doch Eine Vorstellung Allen gemeinsam. Man nahm nämlich an, daß nur derjenige, der unmittelbar die

---

7) Zu L. 3 C. Si a non comp. jud. (7, 48) No: 7.

8) Zu L. 1 D. de acq. poss. No: 29.

9) Zu L. 12 § 1 eod. No: 26.

10) Savigny, Bes. § 10. — Bruns, S. 106, 253.

Sache detinire, im eigentlichen Verstande als Besitzer angesehen, jeder anderweitige Besitz aber nur durch juristische Fiction erklärt werden könne; jeden auf solcher Fiction beruhenden Besitz nannte man possessio civilis. So bezeichnet Azo die possessio civilis als possessio non vera sed ficta[11]), worüber sich Odofred[12]) ausführlicher so ausläßt:

> ea possessio, quae consistit in animo, dicitur civilis, quia veritate inspecta non possidemus, sed fictione juris fingimur possidere; sed ea quae consistit in corpore, dicitur naturalis, quia naturalibus intervenientibus, sedendo et palpando quaeritur et retinetur.

Daß auch die Späteren dies festhielten, ist bekannt, beispielsweise mag auf Barthol. Socinus hingewiesen werden, welcher sagt: civiliter possidens fingitur esse in re[13]).

Mit diesem fingirten Besitz hatte man einen Begriff von großer Dehnbarkeit bekommen, unter den die juristische Gewere mit Leichtigkeit subsumirt werden konnte, denn ein fingirter Besitz ist ein solcher, der nur dem Wollen und dem Recht nach anzunehmen, in Wahrheit aber nicht vorhanden ist, es kam nur darauf an, welche Grenzen man der Fiction steckte, in dieser Beziehung aber ging man bald sehr weit.

Diese Ausdehnung ging unter dem Deckmantel eines in den Quellen des römischen Rechts vorkommenden, einer weiten Auslegung fähigen Ausdrucks von Statten. Die possessio, quae animo solo retinetur — eine Wendung, die übrigens nicht eben häufig ist[14]) — bezeichnet den nicht aufgehobenen Besitz des zufällig Abwesenden. Dieser Besitz ist kein fingirter, da das augenblicklich nur unterbrochene äußerliche Verhältniß

---

11) Summa in Cod. VII, 32. No: 14.

12) Zu L. 4 C. de poss. No: 12, ich citire nach Bruns, S. 108.

13) Zu L. 3 § 5 D. de acquir. poss. No: 3.

14) § 5 I. de interd. (4, 15). — L. 3 § 11 D. de poss. — L. 27 eod. — L. 1 § 25 D. de vi (43, 16). — L. 25 § 2 D. de poss. — L. 1 § 24 D. de vi. — L. 6 de poss.

jederzeit reproduzirt werden kann und deshalb als fortbestehend angesehen wird. Anders faßten die Glossatoren und Postglossatoren die Sache auf. Sie faßten nicht nur, indem sie das äußerliche Verhältniß zur Sache als die Grundlage des Besitzes nahmen, den Besitz des Abwesenden als einen fingirten Besitz auf, sondern sie schränkten auch die possessio, quae solo animo retinetur, keineswegs auf den Besitz des Abwesenden ein, vielmehr begriffen sie darunter den Besitz eines jeden, der behaupten konnte, daß er denselben nicht freiwillig aufgegeben habe, woraus denn weiter der Satz folgte, daß der Besitz solo corpore nicht verloren gehen könne. Letzteren Satz, der freilich scheinbar durch die Quellen gestützt wurde[15]), hat schon die Glosse[16]). Mit diesem Satze und der Lehre vom fingirten Besitze war eigentlich Alles gegeben; die Glossatoren unterscheiden sich daher von ihren Nachfolgern nur dadurch, daß sie die Consequenzen ihrer Lehre nicht vollständig ziehen, denn in den einzelnen in den Quellen entschiedenen Fällen halten sie sich streng an diese Entscheidungen. Ihr Standpunkt ist hier der des naiven Widerspruches. So finden sich bei Azo folgende Sätze ganz friedlich nebeneinander:

> solo corpore non amittitur possessio; — amittitur possessio, si fuit surrepta res mobilis; und hinsichtlich unbeweglicher Sachen: si fuero dejectus. Summa Cod. VII, 32 No: 37, 34, 35.

Eine Lösung des Widerspruches wird in der Glosse angedeutet:

> amittitur naturalis (possessio) sine animo, sed cum datur ibi Uti possidetis occasione civilis, non videtur amissa[17]).

---

15) L. 153 de R. J. Dazu Savigny, S. 385 flg.

16) Gl. zu L. 153 cit. (159) quod est verum, ut duo sint necessaria in amittendo, si incipias a corpore, secus si ab animo. — Zu L. 8 de poss., L. 3 pr. („animo") u. zu § 6 das. („animo solo"): semper duo sint necessaria.

17) Gl. Utrumque zu L. 8 D. de poss. Vergl. L. 17 pr. Dejectus ferinde haberi debet, ac si possideret, quum int. de vi recup. poss. pacultatem habeat.

Dies konnte man aber nur von unbeweglichen Sachen sagen, in Bezug auf Mobilien heißt es daher:

rerum mobilium vilis et abjecta possessio[18]).

Zur näheren Entwicklung dieser Sätze boten die Quellen eine treffliche Gelegenheit bei Behandlung der Frage dar, inwiefern der Besitz eines Grundstückes für einen Abwesenden durch Occupation verloren geht.

> L. 25 § 2 D. de poss. — Quod autem solo animo possidemus, quaeritur, utrumne usque eo possideamus, donec alius corpore ingressus sit, ut potior sit illius corporalis possessio, an vero, quod quasi magis probatur, usque eo possideamus, donec revertentes nos aliquis repellat, aut nos ita animo desinamus possidere, quod suspicemur, repelli nos posse ab eo, qui ingressus sit in possessionem? Et id videtur utilius esse.

Über die Ausbildung und das Verständniß dieser hier berührten Lehre sind wir jetzt durch Savigny vollständig aufgeklärt[19]). Der Besitzer eines Grundstückes ist abwesend, ein Anderer occupirt es, der vorige Besitzer erfährt dies, wagt aber aus Furcht nicht, jenen wieder zu vertreiben; alsdann verliert er in diesem Augenblick den Besitz an den Andern, der bis dahin trotz der Occupation gar keinen Besitz hatte, von nun an aber eine wahre und zwar violenta possessio hat. Wie nun aber, wenn der vorige Besitzer, nachdem er die Occupation erfahren, sich beruhigt, aber nicht aus Furcht, sondern aus anderen Gründen, etwa weil er es vorzieht, zu vindiciren? Dieser Fall ist in obiger Stelle nicht berührt, Savigny sagt: der Besitz geht verloren und zwar durch den Willen des vorigen Besitzers, animo, die neue possessio ist ebendeshalb gar nicht vitiosa. Ganz anders faßten die Italiener die Sache auf. Sie legten zunächst dem neuen Besitzer schon vom Augenblick der Occupation Besitz bei und ließen sodann für den vorigen Besitzer den Besitz nur in dem

18) Gl. zu L. 15 D. de poss. u. Ripa ad h. l. No: 7 u. 8.

19) S. bes. S. 410 flg.

ausdrücklich vom Juristen erwähnten Falle, da er nämlich aus Furcht sich beruhigt, verloren gehen, während sie dann, wenn er ohne das Motiv der Furcht sich beruhigte, ihn fortdauernd als Besitzer ansahen, und zwar als Civilbesitzer.

Gl. tamen possides zu L. 3 § 6 l. c. possides civiliter et ille naturaliter, donec rediens non admittaris vel repelli suspiceris[20]).

Nun hatte man zwei Besitzer derselben Sache, was auch als Ausnahme von der Regel plures eandem rem in solidum possidere non possunt ausdrücklich anerkannt wurde.

Gl. si duo zu L. 3 D. U. P. (43, 17) diversimode possident, non eodem modo, sed unus civiliter, alter naturaliter[21]).

Der Besitz des Eingedrungenen aber hieß clandestina possessio[22]). Dieser heimliche Besitz, der bekanntlich nach echtrömischem Recht, wenigstens nach dem der neueren Zeit, an Grundstücken gar nicht mehr möglich ist, spielte nun eine große Rolle und diente dem Civilbesitz in dem entwickelten Sinne als Folie. Der Civilbesitz war nun der frühere und der Naturalbesitz der gegenwärtige Besitz. Wie wenig man an dieser Auffassung Anstoß nahm, zeigt schon Rogerius, wenn er sagt:

qui ab adversario vi possidet hoc interdicto inferior est; potior enim est illius civilis possessio, quam adversarii naturalis detentio[23]).

20) Vergl. Gl. non clam zu L. 6 i. f. eod. und Gl. si id quod possidemus zu L. 25 eod. Auch die Summa des Martinus Abbas, tit. de causa poss.: licet possessor sponte recedat, sub conditione tamen et non animo deserendi . . . retinere dicitur, nisi scienter negligat eam. Et si alter arat talem possessionem, quam animo solo retineo, adhuc retinere dicor talem possessionem, nisi ille me venientem non admittat.. Possessio plus habet facti quam juris . . . in acquirenda p., sed in retinenda plurimum juris habet, quia solo animo retinetur. Die Summa des Martinus, der um 1200 lebte, ist nicht gedruckt (Savigny, Gesch. des röm. R. i. M. A. V, 33), dieser Auszug ist aus der Anm. e zu der Summa des Hostiensis Basel, 1573 II de causa poss. s. auch § 21, Anm. 23.

21) Azo, Summa Cod. VII, 32 No: 13.

22) Gl. non possit zu L. 4 C. de poss. (7, 32).

23) Ich citire nach Bruns, S. 117.

So lange nun dieser Civilbesitz bestand, konnte kein Andere Civilbesitzer in diesem Sinne werden, auch derjenige, der bona fide die Sache vom Occupanten erwarb, nicht[24]). Man mußte sich daher die Frage vorlegen, wie lange denn eigentlich ein solcher Civilbesitz fortbestehe? Die Antwort hierauf wird im Anschluß an eine Stelle der Quellen[25]) schon von der Glosse[26]) angedeutet, von Späteren aber erst mit Bestimmtheit ausgesprochen; es genügt auf Menochi hinzuweisen:

> Uno fere ore affirmant possessionem civilem, quae animo retinetur, decennali negligentia amitti. (de recup. poss. VII No: 25) cf. Menochi de Praesumt. pr. VI 64 No: 42, 43, wo er sich auf die Gl. praescriptionem beruft.

Diese Grundsätze der Glossatoren über den Civilbesitz, welche sich zunächst nur auf den abwesenden Besitzer eines Grundstücks bezogen, wurden nun von ihren Nachfolgern und von den Canonisten verallgemeinert und bestimmter ausgeprägt, wie folgende Auszüge darthun.

Innocenz zu C. 24 X. de Elect. (I, 6) No: 3 non propter hoc amitto possessionem, quae sine animo non amittitur . . . amitto, quia non videor habere animum retinendi possessionem.

Bartolus ad L. 27 D. de usuc. 41, 3. No: 12 possessio non est vacua sed plena, quando ab alio possidetur naturaliter et civiliter vel civiliter tantum. Et ideo licet ille, cui tradita est possessio, possideat naturaliter, tamen non incipiat praescribere, donec alius desinat possidere civiliter: vel quia animo dimittit, vel ex negligentia longi temporis.

---

24) Azo, l. c. No: 12.

25) L. 37 § 1 D. de usurp. (41, 3) Fundi quoque alieni potest aliquis sine vi nancisci possessionem: quae vel ex negligentia domini vacet, vel quia dominus sine successore decesserit, vel longo tempore abfuerit. cf. § 7 I. de usuc. u. Savigny, S. 424.

26) Gl. praescriptionem zu L. 1 C. de serv. fug. (6, 1). cf. auch Azo, l. c. No: 35 u. Summa Inst. II, 6 No: 2.

Baldus in der Disp.: Accusatus § Item.
Item ingredi possessionem corporaliter non excludit civilis possessionis continuationem, nihil aliud enim esse videtur civ. p., nisi imaginaria sive interpretativa naturalis, quia animus repraesentat corpus . . . respectu ergo corporalis accessus ad praedium dicitur ingressio, sed respectu civilis dicitur retentio, in qua semper praesumitur continuatio . . . unde nat. p. est concreta, civilis est abstracta et differunt sicut apud dyalecticos album et albedo.

Alexander Tartagnus, III, cons. 6 No: 9
nondum perdiderat possessionem, quam prius ipse habuerat, eo quod p. animo retinetur per longum tempus . . . licet naturalis per alium fuisset occupata.

Alciat, de praesumtionibus, pr. 22 No: 5
praesumitur, qui olim possedit et hodie possidere, . . limitatur: quando allegans possessionis continuationem non possideret de praesenti naturaliter, quia tunc licet olim possederit non praesumitur hodie possidere. Sed tu adverte: quia istud procederet, quando iste allegans, jamdiu esset, quod non possederit naturaliter, puta quia lapsum esset decennium, nam tali tempore amittitur civilis possessio. Item si de modico tempore non possideret, sed suspicatus esset se posse repelli: nam et tunc perditur civilis possessio. Alioquin extra istos casus regula stat firma, quia civilis poss., quae fundatur in animo, censetur durare, unde in tali casu possessio alterius, quae est recentior, censetur clandestina.

Menochi de Praesumtionibus VI pr. 64, No: 25—27.
Qui olim possedit, si asserit et nunc possidere, possidet animo . . civiliter, i. e. animo possidere. Im Übrigen wie Alciat[27]).

Von Irnerius also bis Menochi und Mascard,

27) S. auch Mascard, de Prob. c. 1328 No: 8.

mithin während der ersten vierhundert Jahre seit dem Wiederaufblühen der Wissenschaft heißt der ehemalige Besitzer, der nicht aufgehört hat, noch gegenwärtig Besitzer sein zu wollen, civilis possessor; er war ehemaliger und gegenwärtiger Besitzer zugleich, in letzterer Eigenschaft wurde ihm sogar das Recht der Selbsthülfe eingeräumt[28]). Selbst in Ansehung der beweglichen Sachen wurde allmälig diese Auffassung geltend, obwohl Viele den Standpunkt der Glosse, daß die possessio rerum mobilium vilis et abjecta sei, im Anschluß an das germanische Recht festhielten[29]). Hier ist keine Spur römischen Geistes[30]), desto deutlicher aber der Einfluß germanischer Anschauung zu erkennen. Daß übrigens civilis possessio auf diese Bedeutung nicht beschränkt war und daß bei Einzelnen eine andere Richtung auftritt, versteht sich von selbst, beeinträchtigt aber das Gesammtergebniß nicht.

Anhangsweise ist noch die s. g. possessio civilissima zu berühren, welche recht augenfällig den Zusammenhang zwischen der possessio civilis und der Gewere darlegt. Possessio civilissima wird nämlich dem Erben zugeschrieben hinsichtlich der in fremden Händen befindlichen Erbschaftsstücke, falls die betreffenden Statuten dem Grundsatz huldigen: der Todte erbet den Lebendigen[31]). Hier werden wir unmittelbar in das germanische

28) Menochi de recup. poss. 9 No: 194.

29) Unten § 67.

30) Einen Anflug dieser Auffassung finden wir allerdings bei den Römern in der Meinung des Trebatius, Sabinus und Julian über die Möglichkeit einer possessio plurium in solidum, welche aber von der Mehrzahl der römischen Juristen und namentlich von den Compilatoren gemißbilligt ist. Savigny, Bes. § 11. Hiermit hängt die Meinung von Vangerow, Puchta und Keller über die recuperatorische Wirkung des int. uti p., welche aus der Duplicität des Interdicts hergeleitet wird, zusammen. S. dagegen Schmidt, Interdicten-Verfahren S. 113 flg. Dies Alles kann jedoch nicht auf den Einfluß des germanischen Rechts zurückgeführt werden und bleibt hier außer Frage.

31) Bartolus ad leg ult. C. U. V. (8, 4). — Ripa zu c. 18 X de rest. spol. (2, 13) No: 27 u. 28. — Menochi de retin. poss. III, No:

Recht und in die juristische Gewere hineingeführt und es ist gewiß ein wichtiger Fingerzeig, daß dieser Fall der Gewere als poss. civilissima bezeichnet wird, augenscheinlich deshalb, weil die der possessio civilis zu Grunde liegende Fiction hier, wo auch nicht einmal älterer Besitz in der Person des Civilbesitzers vorhanden war, noch gesteigert erschien. —

Die Untersuchung schreitet jetzt zu den einzelnen Besitzrechtsmitteln fort, deren Namen die Klage erborgte. Unter diesen zeichnet sich das remedium reintegrandae, die spätere Spolienklage, dadurch aus, daß man sich ihrer am häufigsten bediente, es ist jedoch das Possessorium ordinarium vorangestellt, theils weil hier die Theorie sich unmittelbarer an die possessio civilis anschließt, theils weil die dingliche Klage unter diesem Namen früher aufgetreten ist und sich am längsten erhalten hat.

3. Fortdauer als Possessorium ordinarium.

§ 20.

a. Vorbemerkungen.

Die herrschende Ansicht über die geschichtliche Entstehung des Possessorium ordinarium oder plenarium, wie sie namentlich von **Bruns** vertreten wird, ist folgende.

In Ansehung des interdictum uti possidetis finden wir bei den Glossatoren zwar einige Sonderbarkeiten, im Wesentlichen aber echtes römisches Recht. Dasselbe gilt vom canonischen Recht und insbesondere von den Decretalen des zwölften und dreizehnten Jahrhunderts. Nur für einen ganz speziellen Fall ist durch c. 9 X de Probat. (II, 19) eine Norm sanctionirt, die freilich mit dem römischen Standpunkt nicht ganz vereinbar ist, aber nur die Beweisfrage betrifft, namentlich gelten Alter

---

59; rem ult. No: 16; de recup. poss. I No: 392; VII No: 25; XV No: 390, 391. — **Boet**, Comm. V, 41, 2, 3. — **Pet. Frider. Mindanus**, de mat. poss. (1597) c. 7 No: 13. —

und Titel des Besitzes keineswegs als Qualificationen desselben. S. 113—118; 182—85. Mit dem Bemerken, daß die späteren Rechtsbildungen durchaus keinen Zusammenhang mit dem c. 9, ihre eigentliche Quelle vielmehr in der weltlichen Praxis von Italien haben, geht Bruns zur Geschichte des Summariissimum über, welche er ausführlich entwickelt. Es ergiebt sich dasselbe als ein eigenthümliches prozessualisches Institut, welches das materielle Recht der possessorischen Klagen nicht berührt und nur einen vorläufigen Besitzschutz bezweckt, während das Ordinarium sich auf den ordentlichen Besitzschutz bezieht. Von der Idee, daß das Ordinarium an sich auf älterem Besitz beruhe, ist in Italien noch keine Spur § 33. Im Verlaufe des siebzehnten und achtzehnten Jahrhunderts aber bildeten sich in Deutschland neue Ansichten über das Verhältniß des Ordinarium zum Summarium aus. Namentlich trennte man beide gänzlich von einander, betrachtete das Summarium als einen selbständigen possessorischen Prozeß und öffnete so den Mißverständnissen die Thür. Es entstand jetzt die Ansicht, daß im Ordinarium der ältere Besitz den eigentlichen Klagegrund bilde und daß in demselben über Alter und Rechtmäßigkeit des Besitzes, im Summarium aber über den jüngsten Besitz gestritten werde § 44.

Den Mittelpunkt dieser Darstellung bildet das Summarium, während das Ordinarium nur als Gegensatz nebenher in Betracht kommt. Um so mehr wird es gerechtfertigt sein, hier das umgekehrte Verhältniß zu beobachten. Dabei wird sich herausstellen, daß die Grundlage jener späteren deutschen Auffassung schon in den frühesten Zeiten auftritt und daß die Geschichte des Ordinarium nach dieser Seite hin einen vollkommen selbständigen Character hat.

Die Sätze, welche hier durchgefochten werden sollen, sind folgende:

1) Unter Ordinarium verstand man: a) einen possessorischen Prozeß, nämlich die ordentliche Verhandlung des interd. uti possidetis; b) einen petitorischen Prozeß, nämlich die Verhandlung der dinglichen Klage des deutschen Rechts.

2) Unter Summarium verstand man: a) im Gegensatz zu jener petitorischen Klage: das interdictum uti possidetis; b) im Gegensatz zu jener possessorischen Klage: ein eigenthümliches prozessualisches Institut modernen Ursprungs.

3) Man war sich dieser Unterschiede nicht bewußt und dieser Umstand hat die ganze Lehre von vornherein verwirrt. —

„Es kommt", sagt Puchta[1]), „ein doppeltes System in Beziehung auf das Verhältniß des possessorium ordinarium und summarium vor: 1) das p. o. ist das römische interdictum uti possidetis, das summarium ein bloßes Provisorium in der dargestellten Art; dies ist als die gemeinrechtliche Gestalt der Sache zu betrachten; 2) das poss. summ. ist das eigentliche Possessorium, das interdictum retinendae possessionis, aus dem gegenwärtigen (jüngsten) einfachen, juristischen Besitz; das poss. ord. dagegen setzt einen Titel für den Besitz voraus und ist also der actio Publiciana analog, d. h. es ist gar kein interd. ret. poss. mehr, sondern eine provisorische Vindication; diese Gestalt hat man der Sache in Sachsen gegeben".

Diese letztere, angeblich auf Sachsen beschränkte Auffassung ist es, mit der wir es hier zu thun haben. Es ist das Entstehen und die Verbreitung derselben geschichtlich zu verfolgen und zu erklären.

§ 21.

b. Im Mittelalter.

Es ist gesagt worden, daß man in das interdictum uti possidetis die deutsche Klage hineinlegte ohne daß es doch aufhörte, zugleich ein possessorisches Rechtsmittel zu sein. Heute erscheint dies unmöglich, da beide Klagen in dem auffallendsten Gegensatze zu einander stehen, die deutsche Klage beruhet auf älterem Besitz, das römische Interdict auf gegenwärtigem Besitz, jene geht gegen jeden Besitzer, dieses gegen die Person des Stö-

1) Pand. § 133 k.

rers. Man bewirkte das Unglaubliche durch die Verwerthung des Civilbesitzes im oben entwickelten Sinne und durch eine Präsumtion. Man sagte, wenn der ehemalige Besitzer nicht aufgehört hat, noch gegenwärtig Besitzer sein zu wollen, so ist er noch jetzt Civilbesitzer, also gegenwärtiger Besitzer, und wenn der Naturalbesitzer jüngerer Besitzer ist, so muß vermuthet werden, daß sein Besitz fehlerhaft, insbesondere ein heimlicher ist. Diese Präsumtion kommt schon bei den Glossatoren und, was besonders bemerkenswerth ist, in der Praxis zur Zeit der Glossatoren vor.

Reprobatur, sagt Roffredus[1], quorundam advocatorum opinio, in qua fuit etiam P.[2], quod si aliquando probo me possedisse rem, quae ad te pervenit, praesumitur me possidere et a te violentiam mihi illatam, nisi probes, qualiter possideas sine vitio.

Auch Jacobus Balduini erklärte sich, wie wir durch Durantis[3] erfahren, für diese Vermuthung. Die Accursische Glosse hat sie zwar nicht in der Ausdehnung, wie wir sie bei Placentinus finden, wohl aber in Bezug auf possessio vacans, über deren Wesen viel gestritten wurde[4], aufgenommen[5]. Die Glosse zu den Decretalen scheint sie nicht anzuerkennen[6], desto entschiedener erklären sich Innocenz und Hostiensis für dieselbe. Ersterer († 1254) sagt:

Sed ad hoc quod Faventini servitia non habeant facit probatio antiquioris temporis recepta pro ecclesia... si ergo commune post probat se in eisdem locis aliqua servitia percepisse, praesumitur, quod possederit clam. zu c. 9 X

---

1) Tr. jud. de interd. U. P. No: 4.

2) Bruns, nach dem ich citire, bezieht diese Sigle auf Pillius, S. 118, nach Savigny wird man sie auf Placentinus zu beziehen haben. Gesch. d. r. R. i. M. A. IV, S. 214. S. auch unten § 32 u. 33.

3) Spec. jur. lib. II, lit. de pet. poss. et spol. § 1. No: 33.

4) Gl. zu L. ult. C. Unde vi (8, 4).

5) Gl. longa zu § 7 I. de usuc. (2, 6).

6) Gl. diutius zu c. 15 X de rest. spol. (II, 13).

de probat. (2, 19) No: 5. cf. zu c. 18 de rest. spol. (2, 13).

Beinahe wörtlich ebenso lautet der Commentar des Hostiensis (Henricus de Segusio, Card. Hostiensis † 1271)[7]) zu jener Stelle. Gleichwohl verschwand noch keineswegs die mißbilligende Ansicht, namentlich ist hier Durantis († 1296) zu erwähnen, dessen Mittheilungen über diesen Gegenstand von besonderem Interesse sind:

> Quid si ego peto fundum a P. et possessionem ejus condictione sine causa vel ex injusta causa et probo me possedisse per decem annos, sed non probo titulum, P. probat se possedisse biennio, nec probat titulum? Respon. dicunt quidam, quod ego debeo obtinere, quia praesumitur, quod a me clam possederit . . . alii contra, quod P. vincet eo jure, quo possessor . . et hoc verius videtur, debeo enim probare, quod ille clam vel precario possideat; alias mihi non creditur. Spec. Jur. II tit. de petit. poss. et spol. § 1 No: 33.

Es bedurfte zur Sicherstellung des Dogmas erst der Auctorität des Bartolus, welcher die Ansicht des Durantis mit der entgegenstehenden auf folgende Weise zu vereinigen wußte:

> actor debet probare, illam possessionem esse clandestinam, et . . probatur eo ipso, quod non probat (reus) antiquiorem possessionem. Casus est notabilis extra de probationibus c. licet, secundum quod sit clandestina, ab eo probatur eo ipso, quod non probat clandestinam ab alio zu L. 1 § ult. D. 43, 17 No: 18.

Bemerkenswerth ist die ausdrückliche Bezugnahme auf das canonische Recht und insbesondere auf c. 9 X de probat., welches seitdem meist als Quelle des Satzes angesehen wird, obwohl doch schon Placentinus ihn in vollster Ausdehnung kannte, wieder ein Beleg dafür, daß das canonische Recht weit weniger

---

7) Sein Commentar zu den Decretalen ist nicht, wie zuweilen geschieht, mit seiner summa aurea zu verwechseln.

neu geschaffen, als das durch germanische Rechtssitte bestehende erhalten hat, wovon dann freilich die Späteren nichts mehr wußten. Von nun an giebt es Jahrhunderte hindurch kaum einen Satz, der so fest gestanden hätte und von dem so vielfach Gebrauch gemacht worden, als jene Präsumtion[8]).

Diese Vermuthung gestattete es, die Grundsätze des römischen Interdicts scheinbar beizubehalten, unter Umständen aber einen ganz anderen Sinn hineinzulegen. Das Interdict war nun nach beiden Seiten hin zu gebrauchen, war Kläger wirklicher Besitzer, so hatte man einfach das römische Recht anzuwenden, war er aber nicht mehr Besitzer, so bediente er sich ebenfalls des römischen Interdicts zur Wiedererlangung des Besitzes. War er nämlich im Stande, den ehemaligen Besitz zu beweisen, so konnte er behaupten, auch noch gegenwärtig Besitzer, nämlich Civilbesitzer zu sein und dann mußte ihm Beklagter, als jüngerer Besitzer weichen. Daß die Sache in dieser Weise wirklich aufgefaßt wurde, soll nun näher nachgewiesen werden.

Was zunächst die Glosse zum römischen Recht betrifft, so sind folgende Aussprüche merkwürdig genug:

Gl. non clam zu L. 6 D. de acq. poss. (41, 2).

> Jam non est quaestio an pro civili tantum detur interdictum . . . . civilis turbatur per hoc, quod tenetur naturalis, erit ergo jus hujus interdicti U. P., quia restituitur naturalis, ut sic non inquietetur in civili . . . . potest etiam agi rei vindicatione pro illa naturali et forte con-

---

8) Balbus, Disput. de vi turbativa (Accusatus) § sec. casu; u. in den addit. zum Spec. jur. des Durantis l. c. — Angelus de Ubaldis de Perusio super Codice ad tit. Uti Poss., welcher bemerkt: sic ponit Inno. de prob. licet causam et ita practicatur. — Petrus de Ferrariis, Practica, lib. pro turbata poss. verb.: hodie tenet. — Petri Pauli Parisii Consilia, IV c. 126. — Robert Maranta, Praxis s. de ord. jud. tract. p. IV. dist. 7 No: 19. — Alciat, de Praesumtionibus, pr. 21, limit. No: 4, 5. — Zusätze zu der Gl. diutius in den späteren Ausg. des corp. jur. can. cf. oben Anm. 6.

curret hoc casu .... rei vindicatio pro naturali et uti possidetis pro civili turbata. cf. Gl. si duo zu L. 3 D. uti poss. (43, 17).

Gl. zu L. 8 de acq. poss.

Amittitur naturalis possessio sine animo, sed cum detur ibi uti possidetis occasione civilis, non videtur amissa.

Vermöge des fingirten Civilbesitzes war man also bereits dahin gekommen, dem ehemaligen Besitzer, d. h. dem Nichtbesitzer das Interdict zu geben und ihm zu gestatten, mit demselben auf Restitution des Besitzes zu klagen, ja man trug kein Bedenken, dieses Rechtsmittel auch gegen den dritten Besitzer zu geben.

Gl. Vincetur zu L. 3 D. U. P.

Item quid si quamdiu meum possideam civiliter: alius autem, qui neque civilem neque naturalem habet possessionem, tibi vendat et te inducat in possessionem, nonne hoc interdicto vincaris? Resp. ita: ut C. quod cum eo L. si servus (L. 6 C. 4, 26). Idemque si is, qui tibi vendit: a me clam, vel precario, vel vi possideret: ut non sit melior suo auctore. L. 175 § 1 D. 50, 17.

Damit war der Boden des römischen Rechts vollständig verlassen und die Bahn für die ganze spätere Entwickelung gebrochen, indeß wurden alle Consequenzen erst später, namentlich auf Grund päbstlicher Entscheidungen in die Theorie aufgenommen.

Wir kommen hiermit zu dem berühmten c. licet causam (c. 9 X. de prob. 2, 19), einer Entscheidung Innocenz III. vom Jahr 1207[9]). Eine Gemeinde und eine Kirche stritten über die Gerichtsbarkeit[10]) in einem Bezirke. Beide Theile hatten sich auf langjährigen Besitz des Rechts berufen. Der Pabst

---

9) Vergl. Savigny, Bes. S. 645 flg. u. Bruns, S. 182 flg. Andeutungen im Sinne der hier gegebenen Erklärung s. bei Zöpfl, das alte Bamb. Recht S. 207. —

10) Districtus ist Gerichtsbann. Duncker, Zeitschr. II, 2, S. 92 flg. u. Bruns, S. 205.

entscheidet zu Gunsten der Kirche, weil sie seit bereits 60 Jahren, die Gemeinde aber erst seit 50 Jahren Besitzhandlungen ausgeübt habe. Es wird zunächst darauf ankommen, diejenigen Stücke auszuscheiden, welche hier kein Interesse haben. Zunächst werden Regeln über Führung und Prüfung eines Zeugenbeweises gegeben, namentlich wird gesagt, daß für den Theil zu sprechen sei, der mehr und bessere Zeugen, als der andere vorgeführt habe. Dieser Grundsatz ist weder neu noch dem Interdict oder der dinglichen Klage eigenthümlich, er findet auf alle Klagen und alle Prozesse Anwendung[11]). Sodann wird eine berühmte Controverse der damaligen Zeit berührt. Es war bestritten, was der Richter zu thun habe, wenn beide Theile Besitz bewiesen hätten. Einige wollten den Kläger abweisen, Andere wollten das Loos entscheiden lassen oder theilen[12]), die vorherrschende Meinung aber war, der Richter solle sich darauf beschränken zu erkennen, uti possidetis ita possideatis, um so einen Theil zur Anstellung des Petitoriums zu nöthigen[13]). Der Pabst findet, daß der vorliegende Fall keine Veranlassung darbiete, zu einem solchen Nothbehelf zu schreiten:

> in hoc casu non sic esse locum interdicto U. P., ut dicere debeamus „uti possidetis ita possideatis", quum probationes ecclesiae longe sint potiores, et ideo sit in interdicto superior.

Um nun die Entscheidung selbst und ihren Grund zu verstehen, müssen wir uns zunächst die Frage vorlegen, welche Natur der Rechtsstreit gehabt hat. Wir erfahren darüber wenig,

---

11) Vergl. unten Balbus und im folgenden § Giphanius, Anm. 2.

12) Augenscheinlich eine Nachwirkung des germanischen Rechts, s. oben § 9.

13) Odofredus giebt, wie Bruns S. 161 mittheilt, den naiven Rath, zu sagen: de possessione non pronuntio, quia nullam partem invenio potiorem, sed rogo Deum, ut vos maledicat et det vobis malam fortunam, et eatis in nomine diaboli, quia estis falsatores, nam hoc esse non potest, quod ambo possidetis, quia duo in solidum possidere non possunt. Zu L. un. C. uti poss. No: 17.

aber grade genug, um mit Sicherheit zu erkennen, daß es nicht eine Besitzklage im wahren Sinne des Worts war, um die es sich handelte. Es heißt im Eingange:

causa, quae vertitur inter ecclesiam R. et commune F. super jurisdictione, honore ac districtu in villa ect, quod de jure ad se spectare dicta ecclesia proponebat,

und am Schlusse:

cum . . . oeconomus ecclesiae petierit, a vi turbativa seu inquietativa [14]) super praemissis commune F. prohiberi... commune . . . condemnamus . . . ut neque per se neque per alios . . . praesumat ecclesiam . . . molestare.

Die Kirche war also als Klägerin aufgetreten und hatte mit der Behauptung, daß ihr das streitige Recht zustehe, beantragt, der Gemeinde jeden Eingriff in die Gerichtsbarkeit zu untersagen. Hiernach kann es nicht zweifelhaft sein, daß wir es mit einer Klage zu thun haben, die jeder heutige Jurist eine petitorische nennen wird. Freilich sagt der Pabst: locum esse interdicto uti possidetis und fügt der Verurtheilung die beschränkende Klausel hinzu: quoad possessorium judicium, de quo tantummodo actum est. Aber wir haben bereits gesehen, daß das Interdict eine doppelte Function hatte und ebensowohl für Besitzklagen als für dingliche Klagen dienen mußte, sowie daß damals jede auf Restitution des Besitzes und umsomehr jede auf Untersagung von Störungen des Besitzes [15]) gerichtete Klage eine possessorische genannt wurde, sofern nur nicht der Antrag auf Anerkennung des Rechts gerichtet war. Es kann also auch keine Rede davon sein, daß etwa jene Auffassung, selbst wenn sie irrig wäre, gesetzlich sanctionirt sei; der Irrthum fällt vielmehr auf uns, die wir diesen Sprachgebrauch nicht erkannt haben, zurück. Deshalb ist denn auch in der ganzen Stelle nie-

---

14) d. h. Besitzstörungen; vergl. Gl. Persecutio zu L. 1 C. quod metus (2, 20) und Glück, § 506. —

15) Menochi de Recup. poss. praelud. No: 18: si esset petitum, ne molestaretur, dicitur deductum solum possessorium.

mals vom gegenwärtigen Besitz die Rede, vielmehr wird alles Gewicht auf den Anfang und das Alter desselben gelegt; grade von der klagenden Kirche heißt es ostendit, quod possedit, nicht possidet und possessionem ipsius justam fuisse, nicht esse. Deshalb ist ferner von der Zeit und Art der Besitzstörung, die eine Besitzklage hätte begründen können, kein Wort zu finden, was namentlich wegen der Einrede der Verjährung von Erheblichkeit gewesen wäre.

Auch darüber, aus welchem Grunde die Kirche den Sieg davon trug, bleiben wir nicht in Zweifel.

Ostendit, quod a LX annis et citra possedit,

während die Gemeinde erst seit 50 Jahren Besitzhandlungen ausgeübt hatte. Also der ältere Besitz bildet den Entscheidungsgrund. Dies steht ganz im Einklange mit den Grundsätzen, die wir bereits kennen gelernt haben und es wäre nichts irrthümlicher als die Annahme, der Pabst habe neues Recht geschaffen oder schaffen wollen. Außerdem wird auch auf den Titel des Besitzes Rücksicht genommen. Dies ist nur ein Beweis mehr für die petitorische Natur des Rechtsstreits, indeß muß man nicht glauben, daß der Pabst den Titel als nothwendiges Erforderniß der Klage angesehen habe.

Patet, heißt es, quod Faventini . . procul dubio sine justo titulo percipere incoeperunt . . . . maxime cum justum possessionis titulum non ostendant et ex privilegiis ecclesiae . . evidentissime colligatur, possessionem ipsius justam fuisse.

Der Pabst untersucht also nur, ob die Gemeinde mit einem Titel versehen sei und entscheidet sich unter andern deshalb dagegen, weil ja die Kirche Privilegien aufgewiesen habe. Hieraus können wir nur schließen, daß der Pabst die Einrede des Titels zugelassen haben würde, nicht aber, daß er den Titel zur Begründung der Klage für nothwendig hielt.

Man hat gefragt, wie denn der Pabst habe übersehen kön-

nen, daß der Kirche die Ersitzung zur Seite stehe[16]). Dies Bedenken erledigt sich dadurch, daß der Besitz der Kirche in den letzten 50 Jahren ein gestörter und unterbrochener genannt werden konnte, so daß es an einem gehörig qualificirten Besitz während der ganzen Dauer der Verjährungsfrist fehlte.

Es ist oben gesagt worden, daß die Annahme, der Pabst habe neues Recht geschaffen oder schaffen wollen, irrthümlich sei. Hierfür kann noch ein spezieller Beweis erbracht werden. Es ist uns nämlich ein bischöflicher Urtheilsspruch ungefähr aus dem Jahre 1170, also aus einer Zeit vor Erlaß jener päbstlichen Entscheidung aufbewahrt, in welchem es heißt:

> et cum . . cognovissem, Ecclesiam de Cella horum novalium decimationem possedisse, Comites ad restituendam eam partem possessionis decimationum istorum novalium, quam ipsi tenent, condempno[17]).

Daß die klagende Kirche mit dem Interdict aufgetreten war, wird nicht ausdrücklich gesagt, ist aber sehr wahrscheinlich. Nun wird aber bloß deshalb für die klagende Kirche gesprochen, weil sie vor den Beklagten besessen hat.

Das c. 9 bezieht sich also auf die dingliche Klage des deutschen Rechts und gewährt für dieselbe einen unbestreitbaren gesetzlichen Anhalt. Dagegen muß die bisherige Beziehung der Stelle auf das Interdict gänzlich aufgegeben werden und damit auch die seit Böhmer und Savigny gangbare Erklärung: der gegenwärtige Besitz sei streitig gewesen und anscheinend von beiden Theilen bewiesen worden, in dieser Verlegenheit habe nun der Pabst auf größere Zeugenanzahl, höheres Alter und Titel Rücksicht genommen, aber nur, weil sich aus diesen Umständen folgern lasse, daß der scheinbar erwiesene Besitz des Gegners kein wirklicher Besitz gewesen sei, eine Ausle-

---

16) Gönner, Proz. IV, 81 § 10 oder 16. — Heerwart in Linde's Zeitschrift, XII, S. 169 (1839).

17) Meichelbeck, histor. Frising. t. I. p. instr. n. 1348. p. 562. Ich citire nach Duncker in der Zeitschr. II, 2, S. 42. cf. S. 40 No: III.

gung, die ebensosehr den Worten der Stelle, welche ja über den gegenwärtigen Besitzstand nicht das Mindeste verlauten lassen, als der Theorie der damaligen Zeit widerspricht. Letzteres wird sich sogleich noch näher zeigen.

Aus der Glosse zu der Stelle sind folgende Bruchstücke zu beachten.

Gl. uti poss. Redditur hoc int. inter duos possidentes, unum civiliter, alterum naturaliter.

Gl. Potiores. Qui potiora jura habet, obtinere debet.

Gl. Titulum. Sed quare tenentur isti (die Gemeinde) ostendere titulum, cum probent se possedisse et possessor non compellitur, dicere titulum suae possessionis? Propter hoc dicunt quidam, quod ubi possessor petit, se non inquietari, debet probare titulum. Sed hoc non est verum, ad hoc enim valet assignare titulum, cum agitur I. U. P., ut per hoc videatur habere potiora jura. Cum enim habet titulum, patet, quod nec vi nec clam nec precario possidet, unde obtinebit. Verumtamen in hoc interdicto non est necesse probare quod quis juste possideat, sed sufficit quod nec vi nec clam nec prec. ab advers. possideat.

Diese Anmerkungen stimmen ganz zu der bisherigen Ausführung, selbst die letzte, in welcher die herrschende Meinung eine Stütze zu finden geglaubt hat. Man bemerkt in derselben zunächst eine auffallende Verwirrung. Der Text giebt nur zu der Frage Veranlassung, warum die verklagte Gemeinde eines Titels bedürfe. Diese Frage wird denn auch zu Anfang und am Ende der Stelle behandelt. In der Mitte aber schiebt sich bei dem Worte propter die ganz andere Frage ein, ob der Kläger eines Titels bedürfe. Dies vorausgeschickt ist der Sinn der Glosse folgender. Der Beklagte bedarf eines Titels, denn vom jüngeren Besitzer wird vermuthet, daß er aut vi aut clam aut precario vom Gegner besitzt, diese Vermuthung aber fällt weg, wenn er einen Titel zeigt (unten § 24 Menochi No: 4 und § 30 Durantis). Was den Kläger betrifft, so bedarf er keines Titels, denn den älteren Besitzer trifft diese nachtheilige

Vermuthung nicht und den Nachweis der justa possessio verlangt das Interdict an sich nicht (unten, Menochi No: 8).

Weit bestimmter treten schon die beiden großen Commentatoren der Decretalen, Innocenz IV und Hostiensis auf. Beide heben entschieden hervor, daß der ältere Besitz den Ausschlag gebe:

> . . . probatio antiquioris temporis . . . per hoc ecclesiae intentio est fundata . . . sola probatio antiquioris temporis ecclesiae debet sufficere (Hostiensis § ex praemissis; Innocenz No: 5).

Hieran knüpft sich ganz natürlich die Frage, ob nicht die Kirche sich eines remedium recuperandae possessionis hätte bedienen müssen. Beide sind darüber einverstanden, daß dies an sich zulässig gewesen wäre, daß aber auch das I. U. P. Platz greife:

> posset hic dici, quod hic competeret I. U. V. vel officium judicis vel cond. ex decret. ad recuperandum . . . . et int. U. P. ratione vis turbativae, quam sibi facit commune super jure, quod possidebat ecclesia. —
>
> Eadem res corporalis a duobus possideri potest, ab uno juste et ab alio injuste, vel ab uno civiliter et ab alio naturaliter (Innocenz No: 6; Hostiensis § justo titulo).

Wenn nun aber der ältere Besitz Klagegrund ist, warum stützt sich die Kirche auf einen Titel?

> prudenter fecit ecclesia, quae haec privilegia induxit et, quantum potuit, suam causam justificavit... quia si commune probasset se . . possedisse, antequam ecclesia possideret, . . non teneretur commune probare aliquem justum titulum ... si commune probasset aliquem titulum . . obtinuisset. —
>
> Ecclesiae adminiculum afferet privilegium, licet sola probatio antiquioris temporis sufficeret (Innocenz No: 6 u. 7; Hostiensis § ex praemissis).

Sehr beachtenswerth ist endlich, daß Beiden der Gesichtspunkt des Petitoriums nahe tritt, Innocenz bemerkt, daß die Kirche

die actio negatoria habe anstellen können und Hostiensis sagt zu den Worten des Textes ad se spectare:

per hoc videtur petitorium intentare, sed contrarium est, quia solum possessorium intentavit.

Es dauerte aber noch einige Zeit, bis es der auf germanischer Grundlage beruhenden und in den päbstlichen Entscheidungen bereits hervortretenden Praxis gelang, sich in der civilistischen Theorie Geltung zu verschaffen. Durantis[18]) steht noch auf römischem Standpunkt, dagegen ist es auch hier wieder Bartolus, der die Bahn brach. Wir müssen seine Lehre etwas genauer betrachten. Natürlich ist auch bei ihm kein Verständniß der germanischen Grundlage zu erwarten, vielmehr fühlt er sich in vollem Einklange mit seinen Digesten und stellt bei der Lehre vom Int. Uti possidetis den Satz an die Spitze, daß der Kläger gegenwärtiger Besitzer sein müsse[19]), allein vermittelst des Civilbesitzes und der Präsumtion kommt er thatsächlich zu dem entgegengesetzten Resultat. Er sagt: duo possunt in solidum possidere diverso jure, unus civiliter alter naturaliter .... et juste vel injuste ... ille qui possidet juste, per hoc interdictum recuperat possessionem, quam alius habet injuste .. hoc interd., licet sit retinendae possessionis, tamen aliquando in consequentia est recuperandae[20]). Es kam nun darauf an, diesen allgemeinen Satz, daß das Interdict zuweilen eine recuperatorische Natur habe, näher zu bestimmen und mit dem römischen Recht in Einklang

18) Spec. jur. lib. IV de causa poss. et propr. § 1 No: 6 flg. Natürlich auch seine Vorläufer: Richardus Anglicus, ordo judiciarius ed. Witte 1853 p. 4. prima libelli: conqueror de G., qui mihi inquietat possessionem illius rei; vel ita: qui non sinit me quiete poss. illam possidere. — Ähnlich: Pillius u. Tancred, cf. Fr. Bergmann, Pillii, Tancredi, Gratiae libri de jud. ord. Gott. 1842, P. § 2 u. T. II, 11. —

19) Zu L. 1 § ult. D. U. P. No: 18 u. zu L. 6 D. de acq. poss. No: 6.

20) Zu L. 3 D. 43, 17 No: 1; ein Beispiel s. in seinen Consilien No: 112.

zu setzen. Hierzu bedurfte es allerdings einer großen Interpretationskunst. Man schlug verschiedene Wege ein, welche zum Theil wunderlich genug sind. Einmal sagte man so: wer sich von seinem Grundstück entfernt, verliert ebendadurch den Naturalbesitz, bleibt aber Civilbesitzer; wird das Grundstück während seiner Abwesenheit occupirt, so verliert er auch den Civilbesitz, falls er nach seiner Rückkehr nicht zugelassen wird oder aus Furcht vor Widerstand gar keinen Versuch macht, den Eingedrungenen zu vertreiben — L. 25 § 2 D. 41, 2 — allein nun kann er den verlornen Civilbesitz mit dem Interdictum unde vi wieder erlangen und alsdann als gegenwärtiger Civilbesitzer das int. U. P. zur Hand nehmen. Diesen eigenthümlichen Ausweg deutet schon die Glosse[21]) an und Bartolus[22]) nimmt ihn auf, er weiß aber noch auf andere Weise zu helfen: rediens non suspicor me posse repelli, nec tamen volo eum violenter expellere, quia nolo esse author alicuius mali .... non perdo possessionem, cum non suspicor me repelli[23]). Ich kann mir also den Besitz erhalten, wenn ich nur nicht einräume, Besorgniß gehabt zu haben. Für die Praxis mochte aber das dritte Hülfsmittel das beste sein, welches darauf hinauslief, in jedem einzelnen Falle die Thatsache, daß Kläger aufgehört hatte, zu besitzen, gleichsam zu vertuschen. Bartolus lehrte nämlich, daß Kläger nicht nöthig habe, anzugeben, ob er Civil- oder Naturalbesitzer sei, ausgenommen, wenn Beklagter ein bestimmtes Interesse, dies zu erfahren, nachwies; sowie daß Kläger Zeit, Ort und Natur der Turbation nicht anzuführen brauche[24]). Dem Kläger war also gestattet, seine Behauptungen so unbestimmt und allgemein, wie möglich, zu halten. Wie ihm dies zu statten kam, wird sich sogleich zeigen. Wenn nämlich beide Theile auf Besitz sich stützen, so soll der siegen, der den älteren

21) Gl. Si duo zu L. 3 D. U. P.

22) B. L. D. de poss. § qui ad nundinas No: 4.

23) Zu der cit. Stelle No: 4. Vergl. oben § 19, Anm. 20.

24) Gl. non clam zu L. 6 D. de acq. poss.

Besitz nachweisen kann, weil der jüngere Besitz als fehlerhaft betrachtet wird. Diese Vermuthung schlägt durch, mit Hülfe derselben konnte Kläger, wenn er nur älteren Besitz bewies, die Erfordernisse der Klage, nämlich gegenwärtigen (Civil-)Besitz und Störung auf dem Wege der Folgerung darthun[25]). Konnten beide einen gleich alten Besitz darthun, so entschied der Titel, quia ille, qui habet titulum, habet potiora jura. Zeigten beide einen Titel, so wollte Bartolus zur Theilung schreiten[26]).

Haben wir so schon bei Bartolus das Alter des Besitzes als eigentlichen, wenn gleich künstlich versteckten[27]) Klagegrund, so können wir uns um so weniger wundern, wenn er nach dem Vorgange der Glosse das Interdict auch gegen dritten Besitzer giebt. Dem von der Glosse angegebenen Grunde, daß der Nachfolger nicht besser daran sein solle, als der Auctor fügt er noch den anderen hinzu: quia omnia interdicta excepto U. V. sunt in rem scripta. Auch erklärt er ausdrücklich, daß selbst der bonae fidei possessor auf diese Weise in Anspruch genommen werden könne[28]).

Die Nachfolger des Bartolus nahmen diese Lehre auf und verarbeiteten sie weiter. Baldus sagt an einer Stelle: si probatur de antiqua possessione per me et de recenti possessione per te, cum ego de praesenti p. non probem, necessario succumbam[29]). Es scheint somit, daß er den Vorzug des älteren Besitzes nicht anerkennt, allein wenn man seine Darstellung an einem anderen Orte im Zusammenhange liest, so ergiebt sich unzweifelhaft, daß er mit dem gegenwärtigen Besitz, dessen Beweis erfordert wird, eben auch jenen Civilbesitz meint,

---

25) Dicendo, me possidere, turbo te; Bart. Consilia c. 112 No: 2.

26) Zu L. 3 D. U. P. No: 4 u. 5.

27) In den Consilien, also in praktischen Arbeiten war schon Bartolus weniger auf künstliche Deductionen bedacht: nam licet ipse accusatus de possessione probaverit, non prodest ei, quia accusator probat antiquiorem possessionem. cons. 112 No: 1.

28) Zu L. 3 D. U. P. No: 2 u. 3.

29) Ad Cod. Uti possidetis No: 10.

den wir bereits kennen gelernt haben. So sagt er unter anderen:

qui possidet per prius et continuabit civilem, debet esse potior, nam actus secundi possessoris non est actus proprie possessionis . . . nam civilis propter adminiculum juris semper praefertur naturali, nisi naturalis descendat ab illa civili[30]).

Es fragt sich also hauptsächlich, was es denn eigentlich mit dem Beweise des fortgesetzten und noch gegenwärtigen Civilbesitzes neben dem Beweise des älteren Besitzes auf sich habe? Hierüber spricht sich ein Zeitgenosse des Baldus, Jo. Faber, mit Bestimmtheit und Klarheit aus. Auch Faber verlangt Seitens des Klägers einerseits älteren, andererseits gegenwärtigen Besitz, begnügt sich aber in letzterer Beziehung mit Civilbesitz und giebt dem Kläger den Rath, immer nur gegenwärtigen Civilbesitz zu behaupten, wenn er nicht etwa den körperlichen Besitz der Sache beim Beginn des Rechtsstreits noch wirklich habe. Er sagt nämlich: quid ergo si quis probet se possedisse . . . nullus tamen testium deponit de tempore praesenti? Non viderentur sufficienter probasse. Sed Hostiensis contra . . . . Pro opinione Hostiensis videtur ratio una pro omnibus. Nam civilis retinetur animo ut clamant omnia jura: igitur si probem me ante possedisse et dicam me adhuc possidere animo probatio illa sufficit. Nam praesumitur animus nisi probetur depositio animi et sic semper sum possessor. Si enim dicas me perdidisse possessionem, tibi incumbat onus probandi[31]).

Kläger hat also nur älteren Besitz zu beweisen und daneben Fortdauer des Civilbesitzes zu behaupten, Sache des Gegners ist es, das Aufhören des letzteren zu beweisen. Dieser Gegenbeweis ist darauf gerichtet, daß Kläger den animus possidendi aufgegeben habe. Wir werden sogleich hierauf zurückkommen. Die Behauptung des gegenwärtigen Besitzes ist also

30) Addit. zum Spec. jur. II tit. de pet. poss. et spol.

31) Ad Inst. de Interd. § Retin. No: 21 u. 22.

ein bloßer Schein, der um des Zusammenhanges mit dem römischen Recht willen aufrecht erhalten wird. Daß das Interdict, jenachdem es auf gegenwärtigen oder älteren Besitz gegründet wird, eine ganz verschiedene Natur habe, fühlt schon Baldus, wenn er sagt:

causa autem est duplex, vel quod ipse possidet et adversarius non possidet vel quod agens justius possidet, nam justificata possessio ceteris paribus improbam vincit possessionem (Disput. Accusatus § sexto quaeritur).

Unter der justificata possessio aber versteht er ganz richtig bald bloß den älteren Besitz:

praesumitur habere justiorem causam ille qui praetendit antiquiorem possessionem (Margarita Baldi loco repertorii Innocentii super Decretal.),

bald den titulirten Besitz, falls nämlich Beklagter den älteren Besitz bewies, oder der Beweis auf beiden Seiten gleich stark war:

titulus justificat possessionem et ideo justior praevalet possessor. Et ideo articuli de proprietate vel titulo non sunt impertinentes (Accusatus: § secundo casu).

Es wird also der ältere Besitzer dem gegenwärtigen und der titulirte Besitzer dem älteren vorgezogen, letzterer jedoch mit einer Beschränkung:

nisi esset titulus quaesitus post possessionem adversarii, quem credo non patrocinari quaerenti, alias de facili quis supponeret quendam a quo emeret et fingeret se titulo possidere (l. c.).

Über den Vorzug, den nach c. licet causam die Anzahl und Qualität der Zeugen gewähren soll, sagt Baldus sehr richtig:

et certe tunc juris fictione non dicitur probare uterque, sed ille solus qui melius probat, quia fortior probatio minus fortem enervat.

Bemerkenswerth ist übrigens, daß Baldus[32]) ein Reperto-

32) B. commentirte auch die Decretalen selbständig, s. Lipen. s. v. Decret.

rium zu dem Commentar des Innocenz geschrieben hat, ein Beweis des großen Einflusses der Decretisten und wie wenig in dogmengeschichtlicher Beziehung die strenge Trennung zwischen weltlichem und geistlichem Recht in Italien gerechtfertigt ist.

Auch Petrus de Ferrariis hat in seiner berühmten Practica die Grundsätze des Bartolus und Baldus, insbesondere sagt er:

> probando se possedisse et allegando adhuc possidere praesumitur continuata possessio (pro turbata poss. § hodie tenet)[33].

Von besonderem Interesse ist ein Rechtsgutachten von Paul de Castro (Consilia II, 234). Die Beklagten besitzen seit mehreren Jahren einen Berg, Kläger klagen gestützt auf ehemaligen Besitz mit dem Int. Uti poss. und tragen darauf an, den Beklagten fernere Besitzstörungen zu untersagen und sie zur Erstattung der Früchte zu verurtheilen. Der erste Richter hatte die Klage als inept verworfen, weil Kläger selbst zugäben, jetzt nicht zu besitzen, das Interdict aber gegenwärtigen Besitz voraussetze. Paul de Castro ist anderer Meinung:

> ille qui habet civilem justam dicitur turbari in ea per illum, qui habet naturalem injustam. Ideo potest agere contra illum, qui habet naturalem injustam, Int. U. P., ut desistat a turbatione, cujus judicii exitus sic erit, ut ille condemnetur ad restituendum naturalis . . . . nec per hoc quod agit censetur suspicatus se posse repelli et sic civilem non perdit.

Der Inhalt wird in der Überschrift dahin angegeben:

> libellus, in quo quis dicit se non possidere et tamen petit se defendi in possessione ab inquietatione adversarii, sustinetur distinctione naturalis et civilis possessionis.

---

33) cf. Lanfrancus de Oriano, Repetitiones, Rubr. de causa poss. et propr. § in considerat.

Auch dem Erben wurde gestattet, auf Grund des älteren Besitzes des Erblassers gegen den gegenwärtigen Besitzer zu klagen:

Alexander Tartagnus cons. III, 33 i. f. retinuit animo civilem possessionem ..... et hoc etiam procedit, si non vivat ille qui possidebat et sic non possit nunc dicere animo continuasse in retinendo possessionem.

Es ist jedoch nicht nöthig, die Reihe dieser Zeugnisse zu vermehren. Menochi, welcher der Bartolus seiner Zeit genannt wurde und in hohem Alter zu Mailand als Präsident im Jahre 1607 verstorben ist, hat uns dieser Mühe überhoben, indem er die ganze Arbeit des Mittelalters auf diesem Gebiete am Schlusse der Periode in seinen Commentarien de retinenda possessione, welche bald nach der Mitte des sechszehnten Jahrhunderts erschienen sind[34]), zusammen gefaßt und zur Darstellung gebracht hat. Seine Lehre, welche er mit gewohnter Ausführlichkeit vorträgt, läßt sich, soweit sie hier interessiert, auf folgende Punkte zurückführen[35]).

1) Nur der gegenwärtige Besitzer kann das Interdict anstellen, also namentlich nicht der Spoliirte. No: 556—58, 732.

2) Kläger hat eine Störung in seinem Besitze durch den Beklagten zu behaupten und zu beweisen. No: 559.

Soweit ist Alles in bester Ordnung und in unzweifelhafter Übereinstimmung mit dem römischen Recht. Nun aber wird der „Civilbesitz" herangeholt und vermittelst dieses mystischen Factors der deutschen Klage die Pforte geöffnet. Es werden nämlich folgende Sätze aufgestellt.

3) Auch dem bloßen Civilbesitzer steht die Klage zu, concedi dubitat nemo. No: 22[36]). Zur möglichsten Erleichterung

34) Die erste Ausgabe ist von 1557, s. Savigny, Besitz, S. 445.

35) De Retin. poss. III. Menochi giebt die Literatur ausführlich an, es genügt daher, hier im Allgemeinen darauf und auf die bereits mitgetheilten Parallelstellen zu verweisen. Doch sind bei jedem Satze hier und im § 24 einige Schriftsteller angeführt, die noch nicht vorgekommen sind und die ich selbst verglichen habe.

36) cf. Jo. Faber, Instit. de Interd. § Retin. No: 22. — Cod. Fabr. VIII, 4 d. 8 u. 9. — Mascard, de Probat. c. 1197.

wird dem Kläger gestattet, sich ganz allgemein zu halten, erst auf motivirtes Befragen des Beklagten soll er schuldig sein, sich darüber zu erklären, ob er Civil- oder Naturalbesitz behaupte. No: 457. Wer Civilbesitzer sei, wird mehr vorausgesetzt, als gesagt. Folgende Sätze werden aber genügend darthun, daß Menochi vollständig auf dem früher geschilderten Standpunkt steht und sogar noch darüber hinausgeht. Quaero tertio, quid si vi a naturali possessione dejectus atque spoliatus civilem retinet: an experiri hoc interdicto poterit? Et dicendum est posse, cum per eam spoliationem perturbari dicatur in ea civili, quam habet. No: 35. Desgl.: Qui ergo naturali spoliatus fuit, cum civilem retinuerit, agere interdicto Unde vi potest nomine naturalis amissae et Uti poss. pro civili retenta. No: 507. Wir haben gesehen, daß die Älteren, namentlich Bartolus, in Bezug auf diesen Punkt mit großer Scheu verfuhren und, da einmal das römische Recht den Verlust des Besitzes im Falle der Dejection bestimmt ausspricht, es vorzogen, auf Umwegen zum Ziele zu gelangen. Im Laufe der Zeit hatte man dies wohl durchschaut und stand daher nicht an, auch dem Entsetzten die Klage zu geben, wenn er nur behaupten konnte, den Civilbesitz nicht aufgegeben zu haben, vergl. No: 731 u. 732. Es erinnert dies unmittelbar an die Stellen der Quellen des älteren deutschen Rechts, welche vom Entwerten sagen, er sei nicht entwert (§ 7 Anm. 15 u. 16).

4) Insoweit ist daher das Interdict recuperatorischer Natur. No: 26, 506. Est recuperandae respectu naturalis, quam adversarius obtinet[37]).

5) In diesem Falle ist Beklagter der gegenwärtige Besitzer.

---

37) cf. Angelus de Ubaldis de Perusio super Codice ad tit. Uti Poss.: sapit naturam interdicti recuperandae. — Phil. Decii Consilia, c. 302 Überschrift vom rem. redintegrandae, Inhalt: interd. retin. poss. — Ripa, Resp. I. R. 49 u. ad L. Meminisse de Op. nov. nunt. No: 35. — Platea, Instit. de Interd. § Retin. No: 42. — Cod. Fabr. VII, 7 d. 4.

Dieses Verhältniß wird so sehr als das natürliche angesehen, daß man sich vielmehr umgekehrt die Mühe macht, ausführlich nachzuweisen, es könne auch derjenige belangt werden, der nicht besitze aber doch in irgend einer Art störe. No: 290.

6) Der Nachweis einer Störung liegt dann dem Kläger nicht ob, denn die Weigerung des Beklagten, dem Kläger den Naturalbesitz zu restituiren, ja das bloße Bestreiten des klägerischen Civilbesitzes ist Störung, No: 467 flg. 604; 559: turbatio de praesenti, superveniens, fundat passive judicium [38]).

7) Die Klage geht auch gegen den dritten Besitzer. No: 302—305, 604. Die Gründe sind fast wörtlich dieselben wie bei Bartolus.

8) Der Civil- d. h. der ehemalige Besitzer trägt gegen den Natural- d. h. gegenwärtigen Besitzer den Sieg schon um des älteren Besitzes willen davon. No: 725. Si unus probat suam possessionem esse antiquiorem illa adversarii, obtinebit. — No: 604. Redditur hoc interdictum et adversus illum, qui justa ratione se possidere credit, licet deinde constet in causae exitu ... possessionem non esse ita antiquam, ut est illa actoris. — No: 588. Et vere dicendum est, regulariter necesse non esse agenti probare titulum [39]).

9) Die Berufung auf älteren Besitz ist hinfällig, wenn Kläger den Besitz freiwillig aufgegeben hat. No: 726. Cum primus ille possessor scivit [40]) secundum possidere et eum possidere permisit, tunc prima illa possessio interrupta et deper-

---

38) cf. Petri Pauli Parisii Consilia, Vol. V. c. 126. — Rob. Maranta, Praxis, p. IV, dist. 7. No: 15. Jo. Faber, Instit. de Interd. § Retin. No: 24.

39) cf. Angelus de Ubaldis de Perusio super Codice eod. tit. Uti poss. — Petri Pauli Parisii Consilia, vol. IV c. 126. — Phil. Decii Consilia, c. 302, No: 7. — Ripa ad L. Meminisse de op. nov. nunt. No: 35; auch Resp. 49, 52 u. 114 No: 7. — Cod. Fabr. IV, 3 d. 2 No: 20, 21; 14 d. 44. — Paul de Castro, Consil. II, 442. — Alex. Tart. Cons. V, 99 No: 6; 88. — Mascard de Prob. c. 1197 No: 35, 36, 44.

40) cf. Innocenz IV, Comm. zu den Decretalen, cap. 9 X de prob. (2, 19) No: 5. — Phil. Decii Consilia, c. 400 No: 7. —

dita dicitur, ita quod secunda et junior possessio praefertur. — 731 u. 32. Cum is, qui antiquiorem possessionem allegat, de praesenti saltem civiliter non possidet, antiquior possessio nihil ei prodest[41]).

10) Kann dies dem Kläger nicht nachgewiesen werden, so muß ihm als älterem Besitzer sogar der gegenwärtige titulirte Besitzer weichen. No: 728. Unus probat antiquiorem possessionem sine titulo, alter vero juniorem cum titulo. Obtinere debet, qui possessionem antiquiorem probat . . . . Admonent tamen relati scribentes, hunc antiquiorem possessorem allegare debere possessionem sui adversarii esse clandestinam respectu suae. Durch diese Behauptung, die jedoch keines Beweises bedarf, soll wenigstens der Schein eines Anschlusses an das römische Recht gerettet werden.

11) Durch den Beweis des Eigenthums Seitens des Beklagten wird die auf älteren Besitz gegründete Klage ausgeschlossen. No: 692.

§ 22.

c. In der neueren Zeit.

Es ist schon bemerkt, daß in Deutschland nicht das reine römische Recht, sondern das gemeine Recht, wie es sich unter den Händen der Italiener gebildet hatte, recipirt worden. Wenn gleichwohl die ersten deutschen Bearbeiter weniger gemeines als römisches Recht zu geben scheinen, wie namentlich Tengler's und Brand's Laien- und Klagspiegel in den Titeln über „gewaltige Entwörung" und „von betrüb oder irr im Besit", so läßt sich daraus hinsichtlich der Praxis um so weniger etwas folgern, als ja die Italiener das römische Recht stets voranzustellen und ihre eigene Rechtsdogmatik als Folgesätze anzuschließen

41) cf. Rob. Maranta, Praxis p. IV. dist. 7 No: 25: nisi is, qui probat de anteriori poss., cecidisset ab ea facto suo, puta per propriam alienationem.

pflegen, so daß ein oberflächlicher und flüchtiger Ausschreiber gar nicht bis zu dem, was eigentlich Rechtens war, vordringen mochte. Was insbesondere den Civilbesitz und das Possessorium ordinarium betrifft, so läßt sich überdies der spezielle Nachweis führen, daß die Lehre der Italiener im 16. Jahrhundert in Deutschland die herrschende war.

Gobler, Rechtsspiegel (1558) Th. V. Von Besitz und Gewehre:

Darauß nun leichtlich abzunehmen, daß die burgerliche Possession zu erhalten im gmüth steht, dadurch einer sein Possession, so im — entzogen wird, wiederum erlangt und an sich bringt. — Der natürliche Posseß wird man auf mancherley weise entzogen ... auch wo es heimlich entwendet oder mit Gewalt genommen wurde — aber der burgerlich Posseß wird allein durch das gemüt verloren, nämlich wenn einer den Fürsatz seines Gemüthes hinfaren läßt.

Also der Civilbesitz geht nicht verloren, wenn uns der Besitz wider Willen entzogen wird, und ist Rechtsgrund der Wiedererlangung. Diesen Ansichten folgt auch das Reichskammergericht:

Gaill († 1587) de pace publica I, 16 No: 16.

Item si dominus ab alio injuste .. pellatur, quod posset .. recuperare .. etiam post decennium, et talis recuperatio non pro spolio sed possessionis continuatione accipitur: nam qui continuat suam possessionem ... et qui se praeparat ad recuperandum animo retinet possessionem et tacite rixatur et contendit cum illo, qui rem violenter et naturaliter tenet.

Ders. de Pignorationibus 22 No: 8 flg.:

Obtinere debet (in poss. ord.) qui antiquiorem possessionem probat, quia secunda et junior possessio tunc injusta et clandestina praesumitur .. quando .. nec constet de antiquiori possessione, tunc si unus probet titulum, alter non, pronuntiandum pro eo, qui titulum suae possessionis probavit ... et possessio causatur ex titulo praecedente ... utile igitur est in hoc interdicto, articulare et

probare dominium simul cum possessione, non ad eum finem, ut principaliter super eo sententia feratur, . . . sed ad adjuvandum, vestiendum et colorandum possessorium, cf. das. c. 3 No: 3, wo das p. o. des plenarium genannt wird, desgl. observ. I, 81, No: 6 u. I, 7.

Gaill nennt als seine Gewährsmänner Bartolus, Baldus, die italienischen Praktiker, auch Menochi und schließt jene längere, oben extrahirte Auseinandersetzung mit den Worten:

haec longius prosecutus sum, quia materia est quotidiana et utilis.

Die Worte der Kammergerichtsordnung von 1555 Th. II Tit. 21 betr. die „strittige Possession“ § 3: „biß zu endtlichem außtrag deß Rechtens in possessorio oder petitorio“ gewinnen hiernach noch eine prägnantere Bedeutung, wenn man auch nicht grade Frider, auf den gleich näher einzugehen, beistimmen will, wenn er namentlich mit Rücksicht auf diejenigen Ausgaben, in welchen das „oder“ fehlt, der Ansicht ist, die Kammergerichtsordnung identificire das Possessorium ordinarium mit dem Petitorium. Wie sehr aber das Reichskammergericht dahin neigte, läßt sich unter anderem aus dem berühmten Nürnberger Fraischprozeß ersehen, in welchem Brandenburg gegen Nürnberg auf Grund seines Titels im Possessorium ordinarium den Sieg davon trug (1583)[1].

Schon machte sich aber auch der Einfluß der eleganten Schule geltend, welche im Ordinarium nichts als die Verhandlung des römischen Interdicts sehen und von Berücksichtigung des Alters und Titels nichts wissen wollte. Hier sind besonders Giphanius († 1604), der in Bezug auf das c. licet causam und den Vorzug des besseren Beweises die richtige Bemerkung macht:

est hoc in omni judicio commune receptum, melius pro-

1) Gönner, jurist. Abhandl. I, S. 50—58 u. Handb. des Prozesses IV, S. 471 vergl. mit S. 473.

bantem alteri praeferri, sed hoc in judicis prudentia et arbitrio est positum[2]),

und Peter Frider († 1616), nach seiner Herkunft gewöhnlich Mindanus genannt, hervorzuheben; letzterer ist einer der heftigsten Gegner des Ordinarium, erkennt aber dabei dessen wahre Natur richtiger nicht nur als alle seine Nachfolger sondern auch als die Vertheidiger des Ordinariums selbst. Zunächst beschreibt er das von ihm bekämpfte Rechtsinstitut ganz im Geiste der Italiener:

Comm. de Interdictis tit. VII.

semper antiquior possessio, licet etiam nullum titulum habeat, praeferatur juniori, quamvis titulum habenti, per rationem, quod secunda p. praesumatur clandestina, nisi forte probetur antiquiorem possessorem scivisse vel concessisse, secundum possessorem possidere, No: 17, 18.

Auch dem Dejicirten giebt man, so berichtet er weiter, das Interdict, wenn er nur den animus retinendi nicht aufgegeben hat, possessio enim civilis nihil aliud est, quam possessio juris, qua quis jure incumbit, No: 27 u. 37[3]). Es kann deshalb Restitution des Naturalbesitzes auch vom dritten redlichen Besitzer verlangt werden, No: 33, 34. Sodann erklärt er aber unumwunden, eine solche Klage sei eine petitorische:

Ordinarium .. nihil est aliud, quam verum propriumque, quod in jure receptum vel approbatum sit, Petitorium.... cum propter defectum tituli ac probationis ad dominium pertinentis ex sola possessionis causa, res omnis decidenda... casus confusionem habent petitorii et possessorii... antiquitas possessionis.. instar tituli et dominii.. per rationem certissimam et generalissimam, quod ex possessione ... dominium quoque ipsum in dubio .. probetur (comm. 13, No: 28, 52, 55).

---

2) Explan. lib. VIII, tit. 6.

3) Vergl. s. Comm. de materia possessionis, cap. 1 § 17; c. 7 No: 13 u. c. 11. No: 57, 61, 79.

Seine Stimme verhallte in doppelter Beziehung, er verdrängte weder die Rücksicht auf Alter und Titel aus dem Interdict, noch beachtete man seinen Wink hinsichtlich der petitorischen Natur des Ordinarium[4]). Sein Zeitgenosse Matth. Wesenbec trug mit großer Ausführlichkeit und nicht ohne Polemik die Grundsätze der Italiener vor:

> juris interpretatione pro possessore est non ille, qui injuste occupavit. Dejectus quoniam et corpore amisit, tamen civiliter, h. e. civili interpretatione, et quod ad jus agendi, nisi velit, non amittit p. In eo vehementer falluntur Dd, quod hoc remedium (I. U. P.) ei qui dejectus est possessione neutiquam dari arbitrentur . . . eo ipso, quod se reus opponit . . turbare videtur u. s. f. (Comm. in Pand. olim Paratitla ad lib. 43. tit. 17. No: 5 u. 6).

Gleichwohl läßt sich nicht verkennen, daß gegen das Ende des 16. und zu Anfang des 17. Jahrhunderts in Folge jener Angriffe, neben denen noch die Spanier Sarmiento[5]), Perez[6]) und Gonzalez Tellez[7]) zu nennen sind, eine Krisis eingetreten war, welche vielleicht dem Ordinarium der Italiener schon damals ein Ende gemacht hätte, wenn nicht um jene Zeit der Norden Deutschlands in der sächsischen Rechtsschule und in David Mevius zu einem selbständigen, wesentlich auf deutscher Grundlage beruhenden wissenschaftlichen Rechtsbewußtsein erwacht wäre und diese nicht allein für den Norden und in partikularistischer Weise, sondern durch ihren bald überwiegenden und die ganze neuere, namentlich deutsche Rechtswissenschaft beherrschenden Einfluß die in Gestalt des Ordinariums aufgetre-

4) Nur bei Meier, Colleg. Argentorat. 1657 ist davon Gebrauch gemacht. Com. III ad Pand. 43, 1. th. 38.

5) Select. interpret. II, 13.

6) Praelect. in Cod. VIII, 6 bes. No: 7, wo er sich auf Donellus beruft.

7) Comment. in V libr. Decret. ad c. 9 X de probat., der jedoch den Italienern noch in vielen Stücken folgt.

tene deutsche Klage für das gemeine Recht erhalten hätten. Es kam diesen Juristen dabei sehr zu statten, daß sie die Italiener auf ihrer Seite hatten, während sie auf anderen Gebieten, wo sie ebenfalls das deutsche Element zur Geltung brachten, z. E. in der Lehre vom Beweisurtheil[8]), grade gegen diese zu kämpfen hatten und dennoch den Sieg davon trugen, ein Sieg, der ihnen, weil er auf rein prozessualischem Boden erfochten wurde, später nicht wie beim Ordinarium, das freilich in seiner wahren Natur auch von ihnen nicht erkannt wurde, verkümmert ist.

Noch schwankend ist Bened. Carpzov († 1666), er polemisirt zwar gegen Frider und bezieht sich auf Bartolus, Baldus und andere Italiener, trägt aber doch deren Lehrsätze im möglichsten Anschluß an das römische Recht vor und empfiehlt, wie bereits § 15 erwähnt, das Ordinarium zwar, aber mit einer gewissen Scheu[9]). Bestimmter tritt Mevius († 1670) auf, er faßt den früheren Besitzer als Civilbesitzer, ausgenommen: qui semel sponte ab illa (possessione) discedit, auf, giebt ihm das remedium retin. poss. und hat die Präsumtion für den älteren Besitz, wobei es sich dann freilich von selbst versteht, daß er, wie die Italiener, den Lehrsatz, der Kläger müsse auf seiner Seite Besitz und auf Seiten des Beklagten die Störung beweisen, festhält[10]). Ähnlich auch Brunnemann, welcher namentlich hinsichtlich des Civilbesitzes den Verlust nach Ablauf von zehn Jahren annimmt, innerhalb dieser Zeit aber den, qui animum retinendi se habuisse dicit, zum Eide hierüber verstattet[11]). Struv († 1692) trägt im Text römisches Recht, in den Anmerkungen aber die Lehre der Italiener vor[12]).

---

8) Planck, Beweisurtheil § 25.

9) Proc. jur. I, 5 N: 36; Defin. I, 16 d. 24 No: 2 auch II, 33 d. 15. No: 4; Decis. II, 7. dec. 12 No: 8.

10) III dec. 91, No: 3; dec. 77; IV dec. 392, No: 4; VI dec. 172, No: 2 u. 3; VIII dec. 449.

11) Comment. ad L. 3 u. 44 D. 41, 2 No: 12—14, und ad L. 15 § 4 D. 43, 26; desgl. Centur. 5 dec. 6, No: 3.

12) Exerc. 45 § 20, ε, δ.

Aber diese Auctoritäten würden dennoch schwerlich im Stande gewesen sein, die alte Lehre zu halten, wenn man nicht gewußt hätte, den wiederholten Angriffen gegenüber eine neue Position zu gewinnen. Die Italiener und diejenigen, welche ihnen folgten, nahmen einfach an, der Vorzug des älteren Besitzes gründe sich auf das römische Recht. Das war leicht zu widerlegen, man mußte daher diese morsche Stütze aufgeben und sich nach einer anderen umsehen. Eine solche bot das canonische Recht und insbesondere das c. 9 X de probat. dar. Schon die Italiener hatten sich ihrer bedient, aber im Wesentlichen nur als bestätigender Auctorität. Jetzt kam man dazu, in dem päbstlichen Recht ein neues, das römische abänderndes Recht zu erblicken.

Der erste Anstoß zu diesem Umschwung, der übrigens sehr allmälig und unmerklich sich vollzog, ging von den Holländern aus. Wie sehr dort die Neigung zu Hause war, dem römischen Recht die Abänderungen des modernen Rechts gegenüberzustellen, zeigt Groenewegen, der freilich erst um die Mitte des siebzehnten Jahrhunderts und ohne übrigens die hier behandelte Materie zu berühren, einen Tractat de legibus abrogatis et inusitatis in Hollandia schrieb und dabei das corpus juris der Reihe nach durchging. Aber auch schon früher und in spezieller Beziehung auf das Ordinarium zeigte sich die Richtung. Der erste, bei dem ich sie gefunden habe, ist Matth. Wesenbec († 1586), er trägt zwar die Lehre der Italiener vor, jedoch mit dem bemerkenswerthen Zusatz, Justinian verlange zwar Besitz zur Zeit der Litis-Contestation:

> hodie tamen id non est necesse, cum qui antiquiorem possessionem edocet, victoria potiatur, velut justiorem habens possessionis causam[13]).

Ebenso lehren Wissenbach[14]) und Voet[15]), daß das

---

13) Comment. in Pand. (olim Paratitla) lib. 43, tit. 17, No: 5.
14) Exercit. ad Pand. II. d. 24, No: 6.
15) Zu 43, 17 § 5.

römische Recht durch das canonische Recht und die Praxis abgeändert sei. Von den Deutschen ist der erste, bei dem ich diesen Standpunkt gefunden habe, Treutler († 1607)[16], nach ihm sind Meier[17]) (von Geburt ein Niederländer) und Hahn[18]), der Noten zu Wesenbec schrieb, zu nennen. Treutler citirt übrigens lediglich Italiener der alten Schule, ein Beweis, wie wenig man sich des neuen Standpunkts bewußt war. Auch Schilter († 1705), der den Civilbesitz ein jus insistendi nennt, welches auf die Erben übergehe und die Meinung Friders und Meiers, daß das Ordinarium eigentlich ein Petitorium sei, bekämpft, weil er ersteres in seinem Bestande dadurch gefährdet glaubt, ist über die Bedeutung der neuen Richtung nicht völlig im Klaren[19]). Stryk († 1710) lehrt, das Ordinarium stamme aus dem römischen Recht, soweit die Qualität des Besitzes in Betracht komme, aus dem canonischen Recht aber, soweit der Vorzug des älteren Besitzes entscheidend sei und trägt die Dogmen der Italiener in seinem usus modernus zwar nur mager, desto ausführlicher aber und mit allen Consequenzen in seinen kleineren Schriften vor[20]).

Indessen sollte die Herrschaft dieser Richtung keine ungetheilte sein. Die durch die elegante Schule begonnene Wiederherstellung des echten römischen Rechts fing an, sich auch in der Praxis geltend zu machen und zwar auf dem Gebiete des Possessoriums wesentlich durch den gewaltigen Einfluß J. H. Böhmers. Seitdem laufen in Theorie und Praxis beide Richtungen, um die Herrschaft streitend, nebeneinander her.

Böhmer († 1749) verwirft die civilis possessio in dem

---

16) Disput. II, 25 No: 3.

17) Colleg. Argent. III, 43, 1. Not. 38.

18) Zu Wesenbec, 43, 17 No: 5.

19) Exercit. ad Pand. 13 § 10; 15 § 17; 47 § 59 u. 61.

20) Us. mod. 43, 17 § 7; Diss. de possidente non meliore, bes. c. 7 § 5 u. 6. Diss. de necess. edendi tit. c. 2, No: 110 flg. de compossessione c. 3, No: 14 flg. in Opp. Vol. V, No: 24, 25 u. II, No: 17. — Consil. Hall. Ict. II, 1 cons. 40.

bisher geltenden Sinne[21]) und erklärt das c. licet causam im Wesentlichen schon so, wie noch heute Savigny und Bruns, wodurch er denn freilich den Boden der Italiener dem Princip nach ganz verläßt, jedoch ist eine fast fünfhundertjährige Praxis und Anschauung nicht so leicht abgeschüttelt, auch Böhmer vermag sich nicht ganz von ihr loszusagen und gelangt dadurch zu einer Halbheit, die noch heute in den Schriften besonders der Prozessualisten vorherrscht. Es handelt sich, wie Böhmer lehrt, im Ordinarium um Quantität und Qualität des Besitzes, letztere bezieht sich auf die drei Fehler des römischen Rechts, erstere auf den Vorzug des Alters, der aber nur in Betracht kommen soll, wenn Kläger neben dem älteren zugleich gegenwärtigen Besitz beweist, auch die Vermuthung gegen den jüngeren Besitz spielt noch ihre Rolle, aber in abgeschwächter Bedeutung, sie überhebt den Kläger des Beweises der Störung Seitens des Beklagten; die Einrede des Eigenthums wird verworfen und der Einfluß des Titels mit Stillschweigen übergangen[22]). Auch auf diesem Standpunkt ist eine doppelte Function des Interdicts wahrzunehmen, einmal im römischen Sinne, wenn es sich allein um die Besitzfehler handelt und sodann im canonischen Sinne, wenn das Alter des Besitzes und die Präsumtion herbeigezogen werden, aber freilich ist das Ordinarium, auch in letzterer Gestalt, nicht mehr petitorischer Natur, es ist eine Mißgestalt, weder petitorisch noch possessorisch, weder deutsch noch römisch, ohne geschichtlichen und ohne rationellen Boden, welcher nur noch durch den Gegensatz des Summariissimum eine Art Leben eingehaucht werden kann. Wenn, sagte man im Anschluß an Böhmer, das Summariissimum den jüngsten und gegenwärtigen Besitz betrifft, so wird im Ordinarium über älteren und rechtmäßigen Besitz verhandelt[23]); unter rechtmäßigem Besitz

---

21) Worin ihm u. a. folgen: Cocceji, jus. c. controv. 43, 17 qu. 3. — Pütter, Rechtsfälle II, S. 291, 324. I, S. 1050. —

22) Exercit. ad Pand. l. 43. t. 1. ex. 90. c. 2. Jus eccl. prot. II, 12 § 7. — De Actionibus II, 4 c. 4 § 15.

23) Wernher, VII, obs. 44 u. X, obs. 461. — Knorr, Prozeß,

verstanden einige[24]) nur die Abwesenheit der Besitzfehler, andere[25]), die sich in unbestimmter Haltung mehr an die ersterwähnte Richtung anzuschließen trachteten, mischten unter dem Deckmantel der Colorirung des Besitzstandes Titel und Recht zum Besitze hinein, so daß alsbald eine beispiellose Verwirrung entstand, gegen welche sich die Geistesklarheit eines Savigny mit gerechter Entrüstung erhoben hat. Er läßt, indem er auf dem von Böhmer betretenen Wege vorwärts schreitet, der Entscheidung Innocenz III. eine Interpretation angedeihen, nach welcher der Pabst sich im vollsten Einklange mit dem römischen Recht befindet — eine Erklärung, die, so scharfsinnig sie ist, unhistorisch genannt werden muß, weil sie nicht im Geiste dessen, der die Entscheidung getroffen, ist — verwirft den Vorzug des Alters sowie die Präsumtion und versteht unter dem Possessorium ordinarium im Gegensatz zum Summarium lediglich die vollständige Verhandlung des römischen Interdicts. Nun schwanken Theorie und Praxis, soweit sie nicht der sächsischen Richtung angehören, unsicher zwischen dem durch Savigny wiederhergestellten reinen römischen Recht[26]) und Böhmerscher Halbheit[27]).

1774, IV, § 3 u. 4. — Cannegießer, Decis. Hasso-Cassel. 1771, I, No: 193, No: 3—9. — Hellfeld, jurispr. for. § 1754 u. 1835 flg. — Hofacker, princ. § 4667. — Claproth, summ. Proz. § 235 flg. —

24) Cocceji, cons. II, 488 No: 13—16. — Schmidt, Klagen u. Einreden § 150, 156 flg. — P. Müller ad Struv. synt. 45 § 120 not. γ.

25) Hofmann, teutsche Reichspraxis, 1765 § 1449, 1457, 1458, 1483 u. 84. — Spangenberg, Besitz § 180 flg. — Mehlen, summ. Proz. § 41, 58, 59, 60, 61. — Danz, summ. Proz. § 14 u. 15. — Gönner, Handbuch des Proz. IV, Abh. 81. —

26) Bayer, summ. Proz. § 68. — Heffter, Civilproz. § 424. — Seuffert, Pand. R. § 411, 412. — Bolley, Erk. des Würtemb. Ob. Trib. (1831) No: 9. — Erk. des Berlin. Ob. Trib. v. 1849 u. 1851; bei Striethorst, Archiv VII, 199, und bei Seuffert, Archiv III, 348. —

27) Martin, Proz. § 248. — Linde, Proz. § 343. — Bolley, Erk. des Würtemb. Ob. Trib. No: 9 in Ansehung des aufgehob. Erk. — Holzschuher, Theorie u. Cas. II, c. 1 § 7 qu. 9 u. 11. — Seuffert, Archiv VII, 270. —

Von größerem Interesse für den hier verfolgten Zweck ist die weitere Entwicklung der anderen Auffassung, welche das Ordinarium als ein neues Institut ansieht. Die Vorläufer derselben haben wir bereits kennen gelernt, an diese schließen sich, obwohl ihre Lehre noch nicht hinreichend bestimmte Umrisse hat, Hert[28]), Ludovici[29]), Titius[30]) und Berger an, letzterer zwar etwas widerwillig — secundum errorem vulgi in foro receptum — indeß doch die Präsumtion im alten Umfange, die bloße Behauptung des gegenwärtigen Besitzes neben dem Beweise des ehemaligen und die Berechtigung des Erben festhaltend[31]). Klar dagegen sprechen sich die Helmstädter Facultät und Leyser († 1752) aus:

> poss. ord. non in praesente sed antiquiori possessione se fundat. Kläger fordert die streitige halbe Wiese und erweiset, . . daß seine Vorfahren . . selbige genutzet. Bekl. haben dagegen nichts anderes eingewendet, als: ein Kläger müsse in p. ord. auch praesentem possessionem, welche doch Kl. dem Bekl. selbst zugestehe, vor sich haben. Allein dies läuft wider alle principia des ord. poss., . . . also irren dieselbige sehr, welche das p. o. mit dem Int. ret. poss. U. P. confundiren, da es doch obenangeführter Maaßen mehr ad interd. recup. et adipisc. p. gehöret . . Indessen stehet Bekl. frei, ihr Recht in petit. auszuführen (1725) (Spec. 499, m. 5 u. 7).

Ihm folgen Estor[32]) und vor allen Hommel († 1781), welcher das Ordinarium als praxi forensi potissimum introductum und als recuperatorisch bezeichnet, aber freilich wieder manches Fremdartige einmischt, indem er nicht nur verlangt, daß

28) Resp. II, 101, 315 No: 2, 188 No: 2, 535 No: 3, 526, 592, 477; I, 336 No: 14, 515 No: 6 u. 9. —

29) Einleitung, c. II, § 20 flg.

30) Jus Privat. l. 12. c. 15 § 20.

31) Electa proc. II. proc. poss. No: 22, 32, 35; Oecon. jur. II, 6 th. 3 No: 5; IV, 30 th. 5 No: 2.

32) Anweisung z. summ. P. 1746. VII, § 159.

der Besitz des Klägers länger als ein Jahr gedauert habe, sondern auch nicht recht darüber mit sich ins Klare kommt, ob außer dem älteren Besitze auf Seiten des Klägers auch ein Titel nothwendig sei[33]). Auch Cramer, der namentlich erklärt, es komme auf eins heraus, ob man die Klage Petitorium oder Possessorium ordinarium nenne[34]), sowie Pufendorf, der den Civilbesitz 10 Jahre lang dauern läßt[35]) und C. G. Schmidt[36]) gehören hierher, vorzüglich aber die Bearbeiter des sächsischen Prozesses und Partikularrechts. Hieraus ist die weitverbreitete, namentlich von Puchta getheilte Meinung entstanden, daß diese Gestaltung des Ordinariums nicht gemeinrechtlichen, sondern sächsisch-partikulären Ursprungs sei, eine Meinung, welche nicht nur durch die hier gegebene geschichtliche Entwicklung, sondern auch durch einen Blick auf jene sächsischen Juristen selbst widerlegt wird, welche sich durchaus nicht auf eigenthümlich sächsische Rechtsquellen oder auf eine Besonderheit des sächsischen Gerichtsgebrauchs stützen, sondern wohl fühlen, daß sie auf dem Boden des gemeinen Rechts stehen, obwohl ihnen freilich die Stelle, auf der sie Fuß gefaßt haben, durch den immer stärker andringenden übermächtigen Einfluß der neueren Schule gewaltig eingeengt ist.

Hier sind zu nennen: Curtius, der sich auf Innocenz III. stützt und einen Titel verlangt[37]); Biener, der nur älteren Besitz für nothwendig hält, den Titel aber auch zuläßt, die ausschließlich recuperatorische Natur geltend macht, über

---

33) De proc. poss. summ. qu. 12 (Diss. Mentzel) Lips. 1748, bes. qu. 1, 2, 3 u. 5; Anleitung, Acten zu extrahiren, § 140. Man citirt auch Klepe de nat. et ind. poss. ad interd., eine Schrift, deren ich nicht habe habhaft werden können.

34) Observ. jur. univ. ex praxi supr. imp. trib. 1761. obs. 820 tom. III. —

35) Observ. II, 112. —

36) Theorie des summ. Proz. Leipz. 1791.

37) Handbuch des in Chursachsen geltenden Civilrechts, Leipz. 1799. § 487.

petitorische Einreden sich verbreitet und als sächsische Eigenthümlichkeit lediglich das hervorhebt, daß das Remedium stets im ordentlichen Prozesse zu verhandeln sei[38]); Pfotenhauer[39]), der wieder den Titel verlangt; endlich Osterloh[40]), der nur den Fehler begeht, das Ordinarium und das Interdict in der Darstellung wieder zusammen zu werfen, im Übrigen mit Biener wesentlich übereinstimmt und recht entschieden auf den deutschen Ursprung und die gemeinrechtliche Gültigkeit des Instituts hinweist.

Wenn nun auch die sächsischen Juristen gegenwärtig die Hauptvertreter dieser Richtung sind, so sind sie doch keineswegs die einzigen. Viele der heutigen Gegner der Savignyschen Lehre gehen so weit, daß sie sich wenig von den sächsischen Juristen unterscheiden[41]), und Puchta spricht gelegentlich nicht bloß von Sachsen, sondern von der Praxis „mehrerer Länder", die diesen Weg gehe[42]).

Es ist nun schließlich der Gegensatz zwischen dieser holländisch-sächsischen Richtung und der alten Lehre der Italiener noch schärfer ins Auge zu fassen. Die neue Lehre stützt sich einfach auf das canonische Recht und den Gerichtsgebrauch und giebt zu, daß das römische Recht den Vorzug des älteren Besitzes nicht

---

38) Syst. proc. judic. et comm. et Saxon. ed. II. 1806. § 267, 273. —

39) Abh. üb. d. ger. Verf. in S., welche den neuesten Bes. betr. 1797, § 1, 3, 28. —

40) Die summ. Proz. nach sächs. Recht; 2. Aufl. 1851. § 50, 53, 55. — Vergl. auch: Kori, Theorie der sächs. summ. Proz. 1823. § 116, 133. — Langenn u. Kori, Erörterungen, II, No: 21. — v. Hartitzsch, Entscheid. No: 317. — Höpfner, Besitzrechtsmittel. — Haubold, Lehrbuch § 187.

41) Vorzüglich Mittermaier, Beiträge, IV, 291, 299 flg. (1826 in 1 Aufl.), der an das germanische Recht anknüpft und das Ordinarium mit dem Petitorium zu verbinden vorschlägt. Zöpfl, D. St. u. R. Gesch. § 93, u. Bamb. R. S. 208. — Roßhirt, Civ. R. II, § 229. — Sintenis, Civ. R. § 46. — Vergl. auch die Darstellung der gemeinrechtlichen Praxis bei Bornemann, Preuß. Civ. Recht I, S. 226. —

42) Vorles. § 133.

kenne. Man war folglich im Stande, die unrichtigen, überkünstlichen und das römische Recht verfälschenden Deductionen in Betreff des Civilbesitzes u. s. f. Preis zu geben und fühlte sich dadurch sehr erleichtert, wie wir schon bei Leyser und Titius sehen[43]). Die neue Lehre sah ferner nicht mehr den gegenwärtigen Besitz, wie die Italiener, sondern vielmehr den älteren Besitz als Klagegrund an, und trennte das Ordinarium, als ein Institut modernen Ursprungs, vom Interdict. In der neuen Lehre mußte endlich der Gegensatz zwischen Ordinarium und Summarium ein ganz anderer werden. Die Italiener verstanden unter dem Ordinarium die ordentliche Verhandlung des Interdicts[44]), mochte es auf gegenwärtigem oder älterem Besitz beruhen, die Neueren dagegen schränkten dasselbe auf die Klage aus älterem Besitz ein. Diesem Ordinarium gegenüber war die ordentliche Verhandlung des Interdicts das Summarium und die schleunige und provisorische Verhandlung desselben das Summariissimum[45]).

Der hier geschilderte Gegensatz tritt nun freilich in dieser Schärfe fast nirgend auf. So bedeutend der Fortschritt war, es fehlte immer noch die Erkenntniß der petitorischen Natur der Klage aus älterem Besitze und dieser Mangel brachte so viel Trübes in die Darstellung und Auffassung, daß das Richtige mit dem Unrichtigen in einer schwer zu lösenden Verbindung auftritt, wie denn manche Schriftsteller so verworren sind, daß man ihnen kaum einen bestimmten Gesichtspunkt abgewinnen kann. Es lag auch beim ersten Auftreten der neuen Lehre gar keine Veranlassung zur bestimmten Durchbildung vor, denn die

43) Leyser, med. 451. m. 4. interpretes rem ita implicarunt, ut ipsi, quid velint, ignorent. Et agnosco immedicabile vulnus, cui plene mederi nec ipse audeo. — Tit., Observ. in Lauterb. 1027: distinctio illa (Civ. u. Nat. Bes.) eatenus vitilitigia et logomachias parere solet, ut satius fortassis esset, illam plane omittere.

44) Bruns, S. 263, 271.

45) Hommel, de proc. poss. summ. qu. 1. Klepe u. Roßhirt a. a. O.

Veränderung hatte einen rein theoretischen Karacter, da ja die einzelnen praktischen Lehrsätze der Italiener als solche beibehalten wurden. Die Praxis der sächsischen Richtung ist im Wesentlichen die der Italiener, nur die theoretische Grundlage ist eine völlig andere. Dieser letztere Umstand aber hat die Späteren und namentlich Bruns[46]) zu der irrigen Meinung verleitet, daß das, was von Anbeginn gegolten, nun erst aufgekommen sei.

Hiermit wären denn die in § 20 aufgestellten drei Sätze bewiesen, nur muß man nicht, wie schon bemerkt, erwarten, sie in der dort formulirten Bestimmtheit bei irgend einem Schriftsteller anzutreffen; Verworrenheit ist das Erbtheil dieser ganzen Lehre, sie konnte nicht zum klaren wissenschaftlichen Wort gedeihen, so lange man die Klage aus älterem Besitz für eine possessorische hielt.

4. Fortdauer als Spolienklage.

§ 23.

a. Vorbemerkungen.

Bruns, dessen Darstellung gegenwärtig maßgebend ist, giebt über Geschichte und Wesen der Spolienklage folgende Ausführung[1]).

Ein Bischof, der von seinem Sitze vertrieben, seiner Macht und seines Vermögens beraubt ist, kann sich nur schwer gegen die Anklagen mächtiger Feinde vertheidigen und ihnen daher leicht ungerechter Weise unterliegen. Diese Betrachtung veranlaßte schon frühe die Kirche zu verschiedenen Versuchen, den Grundsatz zur Geltung zu bringen, daß ein solcher Bischof nicht eher auf die Anklage sich einzulassen brauche, bis er alles Verlorene wieder erhalten habe. Die Kirche konnte aber hiermit

46) S. 402.

1) S. 131—182; 219—232; 246—260.

weder der weltlichen Gewalt gegenüber durchdringen, noch bildete sie innerhalb ihres eigenen Kreises einen wirklichen derartigen Rechtssatz aus. Später gelang dies dem Pseudo-Isidor auf dem Wege des Betruges und der Fälschung. Die untergeschobenen Decretalen enthalten mehrfach und sehr bestimmt den Satz, daß ein spoliirter Bischof nicht angeklagt werden könne, der Kirchenbehörde, bei der die Anklage geschehen soll, wird es vielmehr zur Pflicht gemacht, den Spoliirten zunächst wieder einzusetzen. Der Bischof, der sich auf diese Bestimmung stützt, erhebt also einerseits eine dilatorische Einrede gegen die Kriminalanklage, andererseits aber auch damit zugleich eine Klage gegen die Spoliatoren, über welche dieselbe Behörde entscheidet. Dieses Klagerecht ist nun aber nicht selbständig, es ist bedingt durch eine Kriminalanklage und durch Vorschützung der Einrede; die ganze Bestimmung ist eine kirchlich-politische Maßregel zu Gunsten der Bischöfe. Diese Klage ist possessorischer Natur, d. h. es genügt, wie später ausdrücklich bestimmt ist, daß der Kläger im Besitze der bischöflichen Würde und der geraubten Sachen gewesen, der Nachweis der canonischen Institution und des Eigenthums ist nicht erforderlich. Beklagter ist jeder Besitzer der spoliirten Sachen ohne Rücksicht auf guten oder bösen Glauben. Die Exspoliation umfaßt nicht bloß die Fälle unmittelbarer Eigenmacht, sondern jede Art unrechtlicher Entziehung, namentlich auch Zwang, Betrug, ungerechtes Urtheil u. s. f. Gratian nahm diese Bestimmungen ziemlich vollständig in seine Sammlung auf, beging hierbei aber den Fehler, die Klage von der Einrede ganz zu trennen und legte hierdurch den Grund zu allen späteren Mißverständnissen. Die Klage erschien als ein selbständiges Rechtsmittel und somit der weitesten Ausdehnung fähig, welche die canonistische Theorie und Praxis ihr denn auch angedeihen ließ. Fälschung, Nachlässigkeit und Unverstand schürzten durch einträchtiges Zusammenwirken einen Knoten zusammen, an dessen Auflösung eine ganze Reihe von Jahrhunderten zu arbeiten hatte. — Obwohl die Klage in dieser Gestalt in den Decretalen des 12. und 13. Jahrhunderts nicht aner-

kannt wurde, so wurde sie dennoch in Theorie und Praxis festgehalten und weiter ausgebildet. Jeder, nahm man allgemein an, der eine Sache einmal besessen habe, könne rein aus diesem Besitze ohne alles Weitere gegen jeden jetzigen Besitzer klagen und die Restitution des Besitzes verlangen, sobald dieser ihm nicht beweisen könne, daß der Kläger den Besitz auf rechtmäßige Weise verloren habe. Diese canonistische Doctrin wurde in das weltliche Recht aller Länder aufgenommen. Das harte Urtheil, das man mit Recht über diese neue Gestaltung des Besitzschutzes fällt, mildert sich nur durch die Betrachtung, daß in jenen Zeiten der Gewaltthätigkeit und der Rechtsunsicherheit eine weite Ausdehnung des Besitzschutzes, der Langwierigkeit petitorischer Prozesse gegenüber, eine wahre Wohlthat war. Übrigens beruhet die in neuerer Zeit vorgekommene Behauptung, daß ein Einfluß des älteren germanischen Rechts stattgefunden habe, auf Unkenntniß und falscher Auffassung. —

Soweit Bruns. Es ist augenfällig, daß diese Ansicht von vorn herein mit großem Mißtrauen aufgenommen werden muß. Wir haben ein Rechtsinstitut vor uns, welches, wie Bruns selbst nachweist, mit bestimmter und ausgebildeter Gliederung Jahrhunderte hindurch in anerkannter, weitverbreiteter Wirksamkeit gestanden hat, ist es denn nun irgendwie wahrscheinlich, daß ein solches Rechtsinstitut lediglich durch „Fälschung, Nachlässigkeit und Unverstand“ ins Leben gerufen worden? Es wäre denkbar, daß Isidor im Interesse der Bischöfe gefälscht hätte und daß das Rechtsgefühl durch die Macht der Päbste verwirrt wäre; allein die Spolienklage des Mittelalters war ja ein allgemeingültiges Institut des bürgerlichen Rechts geworden und hatte als solches mit den besonderen Interessen der Kirche gar nichts zu schaffen. Auf dem wesentlich neutralen Gebiet des bürgerlichen Rechts, auf welchem jeder Rechtssatz ein zweischneidig Schwert ist, was sich gegen seinen Meister kehren kann, vermögen Eigennutz und Sonderinteresse auf die Dauer wenig oder nichts zu schaffen. Wer irgend von dem Gedanken durchdrungen ist, daß der Sitz der Rechtserzeugung im Volke ist, der

muß sich gegen die Bruns'sche Auffassung sträuben, so lange nur noch die leiseste Hoffnung einer anderweiten, mit Vernunft und Geschichte vereinbaren Erklärung vorhanden ist. Glücklicher Weise aber liegt die Sache so, daß diese anderweite Erklärung nicht bloß wahrscheinlich gemacht, sondern bis zur Evidenz gebracht werden kann. Auch die Spolienklage ist, soweit sie gegen den dritten Besitzer geht, nichts anderes, als die dingliche Klage des deutschen Rechts, das canonische Recht hat sie nicht geschaffen, nur erhalten.

§ 24.

b. Im Mittelalter.

Redintegranda sunt omnia exspoliatis vel ejectis episcopis praesentialiter ordinatione pontificum, et in eo loco, unde abscesserant, funditus revocanda, quacunque conditione temporis, aut captivitate, aut dolo, aut virtute majorum [1]), aut per quascunque injustas causas res ecclesiae, vel proprias, id est substantias suas perdidisse noscuntur ante accusationem aut regularem ad synodum vocationem eorum rel.

So lautet der berühmte c. 3 C. 3 qu. 1, an welchen die ganze Lehre sich anknüpft. Mit Recht sagt Savigny [2]), niemand habe wohl weniger als der Verfasser dieser Stelle selbst daran gedacht, daß einst ein neues System des Klagerechts aus derselben hergeleitet werden würde, diese Ehre sei ihr nur zufällig widerfahren. Die Stelle enthält von der Spolienklage, wie sie später gelehrt wurde, so gut wie gar nichts und daß man sie dennoch darin gefunden hat, beweist nur, daß die Wissenschaft der Auctorität des Buchstabens bedürfen zu müssen glaubte und

1) Virtus ist nach dem Sprachgebrauch des Mittelalters: Gewalt. S. Savigny, Bes. S. 621, Anm. 1. Die Lesart: violentia majorum bedeutet daher dasselbe. Majores i. e. potentiores.

2) Besitz, S. 620.

in ihrer Bedrängniß blind zugriff. Auf andere Weise ist die Erscheinung, daß ein so mächtiges Gebäude auf anscheinend so schwachem Grunde beruht, gar nicht zu erklären. Es handelt sich ja nicht um die vorübergehende Grille eines Gelehrten, sondern um die sichere Rechtsüberzeugung des gebildeten Europas während langer Jahrhunderte!

Die Aufgabe, welche hier gelöst werden muß, ist die, nachzuweisen, daß die Spolienklage, oder wie sie damals hieß, das remedium ex canone redintegranda petitorischer Natur war und daß das materielle Recht der Klage ganz mit dem der dinglichen Klage des deutschen Rechts, wie sie sich nach dem Zusammenstoß mit dem fremden Rechte gestaltet hatte (§ 16), übereinstimmte. Auf diesem Standpunkte bedarf die sonst vortreffliche dogmengeschichtliche Darstellung bei Bruns einer Ergänzung, da er den Gedanken, daß die Klage eine Besitzklage sei, festhält und somit ganz natürlich zu dem Ausspruch kommt, auf die eigentlich praktische Seite der Sache, die freilich mit unseren Begriffen vom Schutze des Besitzes schlecht genug harmonirt, einzugehen, das lohne nicht der Mühe [3]).

Um das richtige Verständniß der Lehre der Italiener und somit des ganzen Mittelalters zu gewinnen, muß man sich vergegenwärtigen, daß in Folge der schon dargelegten irrigen Vorstellungen über Petitorium und Possessorium die aus dem Canon Redintegranda hergeleitete Klage an das römische interdictum unde vi angeknüpft wurde. Die aus dieser unnatürlichen Verbindung hervorgehende Lehre konnte nur eine verwirrte, eine in sich widersprechende sein. Insofern nämlich die Klage als die des Entsetzten gegen den Entsetzer gedacht wurde, war sie Besitzklage und an das Interdict anzuschließen, insofern sie aber gegen einen Dritten ging, war sie die dingliche Klage des deutschen Rechts, sie hatte also ebenso wie das Possessorium ordinarium eine doppelte Function zu erfüllen und demgemäß eine sehr wandelbare Natur. Wir müssen diese Verbindung lösen

3) S. 232.

und werden dann im Stande sein, jedes der beiden Stücke in seiner Selbständigkeit als ein harmonisches Ganze darzustellen. Bei der vorliegenden Betrachtung müssen also ausgeschieden werden: einmal alle Rechtssätze, welche sich wirklich nur auf das Interdict, dasselbe erläuternd und modificirend, beziehen und sodann alle rein doctrinären Sentenzen, welche dem römischen Recht entnommen sind und an die Spitze der Lehre gesetzt werden, aber gleichsam nur dazu aufgenommen zu sein scheinen, um durch die folgende praktische Lehre, an die wir uns zu halten haben, widerlegt zu werden. —

Das Decretum Gratiani, in welchem der Canon Red. seinen Platz gefunden hat, wurde um 1151 vollendet. Wenn nun der Canon wirklich ein neues Klagerecht hätte einführen sollen, so müßte sich dies schon früh wirksam gezeigt haben. Das ist aber nicht der Fall. Daß Gratian selbst an dergleichen nicht gedacht habe, ist bereits von Bruns ausgeführt, der dabei ebenfalls die Bemerkung macht, die Späteren hätten ganz andere Dinge herausgebracht, als sich Isidor selber irgend dabei gedacht. Aber auch die ältesten Prozessualisten zu Ende des 12. und zu Anfang des 13. Jahrhunderts nehmen bei der Darstellung des Interdicts nicht die geringste Rücksicht auf den Canon. Ricardus giebt die forma libelli dahin an: conqueror de G., qui vi mihi abstulit fundi illius possessionem[4]), ähnlich sind Pillius u. Tancred[5]). Ebensowenig zeigt sich davon eine Spur bei den Glossatoren des Civilrechts. Alles dies beweist, daß man damals und bis gegen die Mitte des 13. Jahrhunderts noch nicht darauf verfallen war, für die dingliche Klage des deutschen Rechts eine Stütze im canonischen Recht und speziell im Canon Redintegranda zu suchen. Wo man damals diese Stützen gefunden zu haben glaubte, ist anderweit nachgewiesen. Die erste Andeutung zu der später weiter ausgebildeten Klage aus dem Canon Redintegranda findet sich, wie sogleich gezeigt

---

4) Ord. jud. p. 4.
5) Pill. ord. jud. § 2. — Tancr. II, 9.

werden soll, in der Glosse zu dieser Stelle. Da nun aber diese Glosse erst um 1250 vollendet worden[6]), so ist es sehr erklärlich, daß die Decretalen aus dem 12. u. aus der ersten Hälfte des 13. Jahrhunderts, wie Bruns ausführlich gezeigt hat, jenes Remedium nicht kennen. Daraus aber folgt keineswegs, daß ihnen die dingliche Klage des deutschen Rechts unbekannt gewesen, wovon das Gegentheil vielmehr bereits nachgewiesen ist (§ 21), wie denn auch das c. 51 X de appell. (II, 28) im Fall einer Spoliation nach eingelegter Appellation die Restitution auch gegen Dritte zuläßt, ohne sich jedoch über den Grund der Entscheidung weiter auszulassen. Bruns führt für die Meinung, daß die Decretalen ganz auf dem Boden des römischen Rechts stehen, hauptsächlich c. 15 X de restit. spol. (II, 13) an, jedoch ohne Grund. Innocenz III. spricht freilich den beklagten Bischof, der in erster Instanz zur Herausgabe verurtheilt war, frei und sagt:

> quum nobis constare non potuerit, quod episcopus spoliaverit vel mandaverit spoliari, vel spoliationem factam saltem ratam habuerit, pronuntiavimus: interdictum Unde Vi locum nullatenus habuisse.

Daß aber auf diese Entscheidung nicht allzuviel Gewicht gelegt werden darf, geht schon daraus hervor, daß ein Untergebener des Bischofs die Kläger ihres Besitzes entsetzt hatte, der Bischof mithin, wie Bruns selbst hervorhebt, auch nach römischem Recht zu verurtheilen gewesen wäre in id quod pervenit. Aber auch abgesehen hiervon wissen wir durchaus nicht, wie der Pabst entschieden haben würde, wenn die Kläger sich nicht des Interdicts, sondern einer andern Klage bedient hätten, denn die Stelle spricht ausdrücklich nur vom Interdict. Diesen Standpunkt hat bereits die Glosse interdictum zu dieser Stelle:

6) Eichhorn, D. St. u. R. G. § 273. Itaque, sagt Sarti in der bei Roßhirt, Dogmengesch. S. 487 abgedruckten Stelle, ut Joannes Teutonicus in Gratiani Decretum et Accursius iisdem fere temporibus in univ. corp. j. civ., ita Bernardus Parmensis in Decretales . . suum glossarum apparatum concinnavit.

Sic patet, quod iste procurator ineptam proposuit petitionem, nam interdictum U. V. non datur nisi contra illum, qui dejecit . . . videtur tamen, quod in rebus ecclesiasticis posset agi contra quemlibet possessorem; hoc verum est, sed non per interdictum sed condictione ex c. Red.

Dieselbe Erklärung findet sich fast bei allen älteren Interpreten und entspricht, wie Bruns selbst anerkennt, durchaus den Theorien jener Zeit. Das gedachte cap. cum ad sedem kann mithin in dieser Streitfrage weder für die eine noch für die andere Meinung angeführt werden. Wichtiger[7]) ist das berühmte cap. Saepe, 18 X de rest. spol. (2, 13):

Saepe contingit, quod spoliatus, per spoliatorem in alium re translata, dum adversus possessorem non subvenitur per restitutionis beneficium spoliato, commodo possessionis amisso, propter difficultatem probationum juris proprietatis amittit effectum. Unde non obstante juris civilis rigore, sancimus, ut si quis de cetero scienter rem talem receperit, cum spoliatori quasi succedat in vitium (eo quod non multum intersit, quoad periculum animae, injuste detinere ac invadere alienum) contra possessorem hujusmodi spoliato per restitutionis beneficium succurratur.

Diese Stelle hat den Interpreten unglaublich viel zu schaffen gemacht. Wenn, sagte man, schon der Canon Red. die Klage gegen den dritten Besitzer überhaupt gestattete, so ist es nicht zu begreifen, wie Pabst Innocenz III. (†1216) funfzig Jahre später darauf verfallen konnte, die Klage gegen den, qui scienter recepit, durch eine eigene Verordnung feierlich einzuführen. Über die Lösung dieses Widerspruches sind die verschiedensten und wunderlichsten Meinungen aufgestellt. Einige meinen, auch aus c. Saepe könne jeder Besitzer verklagt werden[8]),

---

7) c. 2 X de ord. cogn. (2, 10) berührt die Frage, ohne sie zu entscheiden; s. Bruns, S. 177. — c. 11 X de judic. (2, 1) betrifft nicht eigentlich die vorliegende Frage, s. Bruns, S. 181, Anm. 2.

8) Gl. zum Dict. Grat. bei C. III. qu. I. u. Gl. zu c. 15 X de rest. spol.

Andere wie Goffred und Hostiensis lassen ganz naiv aus jeder Stelle eine besondere Klage zu[9]; wieder Andere gestatten die Klage aus c. Saepe Allen, die Klage aus c. Red. aber nur den Geistlichen[10]; noch Andere endlich drücken sich, wie Menochi, so unklar aus[11]), daß sie an einer genügenden Aufklärung verzweifelt zu haben scheinen. Die Sache ist nach obiger Ausführung sehr einfach; zur Zeit Innocenz III. existirte zwar der Canon Redintegranda, nicht aber die condictio ex can. Red. Das Zeitverhältniß ist also umgekehrt als es von den Interpreten vorausgesetzt wurde, das cap. Saepe ist älteren und das rem. ex can. Red. ist jüngeren Ursprungs. Gleichwohl ist nicht zu leugnen, daß das cap. Saepe, ursprünglich das 39. Kapitel des Lateranensischen Concils vom Jahr 1215, mit der dinglichen Klage des deutschen Rechts, welche gegen jeden Besitzer geht, im Widerspruch steht und zu beweisen scheint, daß die damalige Zeit diese Klage nicht kannte. Wäre uns über die Auffassung jener Zeit weiter nichts bekannt, als jener Beschluß des Lateranensischen Concils, so würde dieser Schein schwer zu beseitigen sein. Da jedoch positive Zeugnisse des Gegentheils vorhanden sind, so müssen wir uns nach einer Erklärung umsehen. Diese Erklärung liegt darin, daß es der deutschen Rechtssitte nicht so ganz leicht gemacht wurde, sich dem Buchstaben des römischen Rechts gegenüber Anerkennung zu verschaffen. Jener Concilienschluß zeigt uns nur ein Stadium dieses Kampfes und zwar das erste, er ist ein Compromiß zwischen den entgegenstehenden Ansichten. Auf diese Natur des Beschlusses deutet sehr bestimmt der Umstand hin, daß die Motive mit dem dispositiven Theil in Widerspruch stehen. Wenn die Gefahr, daß der Entsetzer die Sache einem Dritten übergiebt und so der Eigenthü-

9) Bruns, S. 221 u. 222. Noch Mascard, de Probat. thut dies. c. 1328, No: 12 u. 30.

10) Glosse Interd. zu c. 15 X de rest. spol., vergl. Menochi, de rec. poss. XV, No: 13 und Bruns, S. 226.

11) De rec. poss. XV, No: 9 – 12; XVI, No: 61.

mer wegen der Schwierigkeit des Eigenthumsbeweises sein Recht einbüßt, gründlich beseitigt werden soll und wenn injuste detinere dem invadere alienum quoad periculum animae ganz gleich steht, so mußte consequenter Weise die Klage gegen jeden Dritten gestattet werden. Das war auch gewiß die Absicht des Pabstes, aber sie scheiterte an den Vertretern des römischen Rechts[12]). Fast um dieselbe Zeit erließ Kaiser Friedrich II. für Neapel und Sicilien ein Gesetz, durch welches die Klage gegen jeden Besitzer, sive sciens sive ignorans fuerit, gestattet wurde. Es ist unmöglich zu verkennen, daß dies Gesetz im Hinblick auf jenen Beschluß und nach dem Muster jedoch mit Beseitigung der Inconsequenz und Halbheit desselben verfaßt worden[13]). Man wird deshalb weder die von Bruns S. 181 angedeuteten kirchlich-politischen Motive des Pabstes anerkennen noch wegleugnen können, daß der Concilienschluß Zeugniß dafür ablegt, daß die dingliche Klage des deutschen Rechts schon im Begriffe stand, auch auf dem Gebiete der Wissenschaft sich Anerkennung zu erringen, wenn sie auch zur Zeit mit einer geringen Concession sich begnügen mußte.

Über diese Concession schritt das vorgerückte Bewußtsein der Zeit rasch hinweg durch Ausbildung der Klage ex can. Red. Schon die Glosse aut dolo zu diesem Canon sagt:

> cum autem hic canon aequiparat dolum, metum vel violentiam, videtur quod condictione ex hoc canone quilibet possidens possit conveniri.

Ebenso die Glosse zu dem Dictum Gratiani ad hanc qu.:

> per condictionem ex canone datur restitutio contra quemlibet possessorem,

und endlich die Gl. Redintegranda:

> quacunque conditione fuerint eis ablata, sive per dolum, sive per violentiam, vel quacunque alia injusta causa.

---

12) Vergl. c. 2 X de ord. cogn. (2, 10) fuit replicatum, quod .. ab eo restitutio peti non poterat, quia non fuerit spoliator . . . et judicium restitutorium contra spoliatorem tantum competere dignoscitur.

13) S. unten § 37, No: 7.

Hieran schließt sich die gegen 1266 vollendete Glosse zu den Decretalen:

Gl. interdictum zu c. 15 X II, 13. Posset agi contra quemlibet possessorem condictione ex illo canone Red.

Wenn dagegen die Glosse in eum statum zu c. 51 X de app. (II, 28) die condictio nicht zu kennen scheint, so beweist das nur, daß wir uns in einer Zeit befinden, in welcher die Condiction eben erst anerkannt zu werden anfing. Etwas Spezielleres findet sich in der

Gl. diutius zu c. 15 X II, 13. Numquid hoc solum sufficit probare, quod aliquando possedit ad hoc ut possit restitui? Non nisi probet, quod tunc possidebat (nämlich zur Zeit der Spoliation),

und in der

Gl. non subvenitur zu c. 18 eod. Subvenitur contra quemlibet possessorem cond. ex can. Red., sive dolo, sive vi, sive metu, sive alio modo rem perdidisset. cf. Gl. scienter das.

Die Lehre sowohl der Glosse zum Decret als der Glosse zu den Decretalen — beide sind fast gleichzeitig entstanden — ist also folgende: 1) es giebt eine eigene condictio ex canone Redintegranda; 2) diese gründet sich auf Verlust des Besitzes wider Willen, geht 3) gegen jeden Besitzer, erfordert aber 4) den Beweis des Besitzes zur Zeit der Spoliation.

Hierin haben wir alle Grundzüge der späteren Entwicklung, nur ein Schritt war noch zu thun, um der Klage diejenige Gestalt zu geben, in welcher sie bis zum Ende des Mittelalters und darüber hinaus geherrscht hat, und diesen Schritt that Pabst Innocenz IV. in seinem großen Commentar zu den Decretalen, derselbe Innocenz, von dem Bruns behauptet, daß er ein entschiedener Gegner der Condiction gewesen sei[14]). Zu dieser schiefen Beurtheilung des berühmten

---

14) S. 176, 223 flg.

Mannes ist Bruns theils durch die allerdings unklare Ausdrucksweise desselben[15]) theils durch den Gebrauch einer anscheinend incorrecten Ausgabe des Commentars veranlaßt worden. Es soll zunächst die wahre Meinung des Pabstes und dann die Veranlassung des Irrthums dargelegt werden.

Zu c. 18 cit. (Saepe) erörtert Innocenz die Bedingungen der Klage aus dieser Stelle und sagt insbesondere:

> Intelligo hanc decretalem plane sicut jacet . . . videtur, quod condictio ex hac decret. competit vim passo . . . . per quotcunque manus ierit . . . contra sequentes malae fidei possessores.
>
> Immo plus videtur, quod si aliquis possidebat bona fide et alius eandem possessionem occupet bona fide, nisi constiterit, priorem bonae fidei possessorem juste possessionem amisisse, fiet ei restitutio possessionis et non probata spoliatione. c. 3 qu. 1 Reint.

und weiter unten zu den Worten: in vitium:

> Bene dicit si scienter accepit, quod tenetur restituere per cond. ex hac const., nam si ignoranter accepisset, secus esset. Nec contradicit c. 3 qu. 1 Reint. . . . Crederemus posse ferri sententiam contra possidentem, quamvis non spoliasset, nec rem scienter a spoliatore recepisset, et sic intelligitur c. Reint.

Diese Aussprüche zeigen deutlich, daß Innocenz über das Verhältniß des c. Saepe zu dem can. Red. zwar nicht mit sich einig werden konnte, dagegen in der Sache selbst nicht zweifelhaft darüber war, daß der Spoliirte eine Klage gegen jeden

15) Worauf schon Lanfrancus de Oriano, Repet. Rubr. de causa poss. et propr. § quarta concl. hinweist: haec est sententia Innocentii . . . contrarium tenere videtur Inn., tamen nonnulli Dd. salvant Inn., ut ejus dictum intelligatur rel. S. auch Butrio zu c. 18: Hostiensis intellexit Inn., quod . . . alii intelligunt, Inn. voluisse rel. (bei Bruns, S. 224 Anm.).

Besitzer habe und daß diese Klage auf den can. Red. sich stütze. Er war also ganz in Übereinstimmung mit der Glosse, die ja theilweis von ihm herrührte, er ging nur noch einen Schritt weiter, indem er den Beweis des älteren Besitzes zur Begründung der Klage für genügend erachtete, während die Glosse anscheinend den Beweis des unfreiwilligen Besitzverlustes verlangte. Ebenso erklärte er zu c. 51 de appell., daß der Kläger nur den Besitz zur Zeit der Appellation, nicht auch die Spoliation zu beweisen habe.

Die Stelle nun, auf welche die Auffassung von Bruns sich stützt, lautet in der Ausgabe, welche in Frankfurt 1579 erschienen, wie folgt:

Zu c. 15 de rest. spol. (cum ad sedem). Contra singularem successorem puta emtorem vel similem interdictum non datur. Licet quidam dixerint, actionem in factum dari, maxime si causam habeat a dejectore. In rebus autem ecclesiasticis dixerunt quidam, contra quemlibet agi posse per int. U. V., vel ad minus cond. ex can. Reint. Sed nos hoc non dicimus et intelligimus hoc c. R. et alia jura, quae pro eo facere videntur, quod omnia sunt spoliatis restituenda, non cond. ex can. vel I. U. V., sed aliis[16]) competentibus actionibus, puta si dolo contraxit act. de dolo, si metu, act. quod metus c. et sic de aliis.

Hier verwirft Innocenz allerdings dem Namen nach die cond. ex can. Reint., aber er verwirft der Sache nach nicht die Klage, welche von Anderen so genannt wird, die er, wie sich gezeigt hat, nicht nur anerkannt, sondern sogar bedeutend erweitert hat; er zieht es nur vor, die Quelle des Klagerechts nicht in jenem Canon, sondern vielmehr im römischen Recht und in anderen Stellen zu suchen. Was er bei den Worten et sic de aliis im Sinne hat, läßt sich nur errathen, vielleicht die L. 14 C. de agric., welche, wie § 28 gezeigt werden wird, von Andern als Stütze benutzt worden und welche er neben dem can. Red. bei

16) Bruns hat S. 223: sed interdicto U. V. vel aliis ect.

dem oben abgedruckten Ausspruch immo plus videtur citirt, vielleicht aber auch das c. Saepe, aus welchem er ja eine eigene Condiction gestattet, die nach einer Stelle wenigstens gegen jeden Besitzer gehen soll. Jedenfalls war die Opposition des Commentators nicht gegen die Sache selbst, sondern nur gegen die Art der juristischen Begründung gerichtet und somit für die Praxis gleichgültig. Übrigens hat sich diese theoretische von ihm angeregte Controverse lange erhalten. Noch Ripa und Menochi verbreiten sich über die Frage, ob das remedium ex can. Red. ein neues Rechtsmittel oder nur eine Erweiterung älterer Rechtsmittel sei; beide, besonders Ripa entscheiden sich für die Meinung des Innocenz, erklären aber, daß die entgegenstehende die gemeine Meinung sei, canonizata apud doctores et practicantes, wie Ripa sagt, aus welcher Äußerung Bruns S. 259 u. 260 irriger Weise den Schluß zieht, Ripa habe die Klage ganz verworfen, während er doch in der Behandlung der praktischen Fragen auf dem allgemeinen Standpunkt seiner Zeit steht[17]). Was Innocenz betrifft, so wird derselbe denn auch von allen Späteren ohne Ausnahme nicht als Gegner der Klage, sondern vielmehr neben Hostiensis als derjenige bezeichnet, der durch Aufstellung jener Präsumtion und sonst der Klage die rücksichtsloseste Ausdehnung gegeben habe.

So berührt auch Hostiensis nicht einmal jene abweichende Meinung seines älteren Zeitgenossen, während er in der Sache selbst ganz dessen Lehre zum Theil mit denselben Worten vorträgt:

> Condictio ex illo canone Reint. generale est et contra quemlibet possessorem et qualiter amissa fuerit possessio, competit[18]).

---

17) Zu c. 18 X de Rest. Spol. (2, 13) No: 20: contrariam opinionem, quod non inducatur novum remedium, sed sit dispositio declaratoria antiquorum, tenuit Inn. cit. Vergl. No: 20—28. bes. 28 i. f. Desgl. zu L. 12 § 1 D. de poss. No: 53—55 und zu L. 15 D. eod. No: 24—31. S. auch Butrio zu c. 18 cit., abgedruckt bei Bruns, S. 224, Anm. 1.

18) Summa lib. II de Rest. spol. No: 6.

Namentlich substituirt er ebenfalls dem Beweise der Spoliation den Beweis des früheren Besitzes[19]). Über das Verhältniß des Canons Red. zu dem Kap. Saepe ist er klarer als Innocenz, er läßt aus jeder Stelle eine besondere Klage zu und empfiehlt die aus dem can. Red. als multoties tutius, verwischt aber den Unterschied wieder fast ganz durch den Satz: praesumitur sciens is, qui suam esse nescit[20]). Übrigens beginnt er bereits die Frage zu erörtern, welche Einreden zuläßig seien und entscheidet sich für Gestattung der Einrede der Ersitzung[21]).

Durantis gestattet ebenfalls die cond. ex can. Red. contra omnes possessores, verlangt aber allerdings den Beweis der Spoliation[22]), wie denn überhaupt diese an die Glosse sich anschließende Meinung öfter wieder auftaucht. So sagt noch Lanfrancus de Oriano († 1448): nec sufficit probare quod semel possederit istam rem, nisi doceatur de spoliatione vel de alia specie amissionis ex injusta causa[23]).

Auch Bartolus und Baldus kennen die condictio ex can. Red. in der beschriebenen Ausdehnung, sie erwähnen ihrer jedoch nur im Vorbeigehen und machen, indem sie den Satz der Glosse zum can. Recht und des Innocenz, daß die Klage gegen jeden Besitzer gehe, so verstehen, daß dem Beklagten alle Einreden abgeschnitten seien, nur die Einschränkung, daß derjenige, dessen Vorbesitzer bereits einen redlichen Besitz gehabt habe, gegen die Klage geschützt sein müsse, was nicht den Klagegrund, sondern nur die Zuläßigkeit von Einreden betrifft[24]).

19) Lectura sive appar. super V libr. Decret. zu c. 18 X de rest. spol.

20) Lectura, l. c.

21) Summa, l. c.

22) Spec. jur. lib. IV de Restit. Spol. § 1. No: 13.

23) Repet. Rubr. de causa poss. § quarta conclus.

24) Bart. zu L. 15 D. de acq. poss. und zu L. ult. § 3 C. de furtis (VI, 2), No: 4; Baldus zu L. 2 C. de furt. (VI, 2); Cons. III, 307, und Zus. zum Spec. jur. des Durantis, lib. II. de pet. poss. et spol., wo er das benef. c. reint. auf Innocenz zurückführt.

Nicht minder lehrt Jo. Faber († um 1350): contra tertium possessorem de jure canonico competit beneficium si scienter recipit ex c. 18, si ignoranter ex c. Red.[25]).

So waren denn um die Mitte des 14. Jahrhunderts die Stimmführer und Häupter aller Richtungen bereits über die Statthaftigkeit der Klage einig, welche schon um die Mitte des 13. Jahrhunderts durch Innocenz ihre volle Ausdehnung erhalten hatte. Es ist daher nicht richtig, wenn Bruns dem Guido Baisio und dem Calderini (S. 228 u. 29) einen bestimmten dogmengeschichtlichen Einfluß zuschreibt; die Ausdehnung auf jede Art des unfreiwilligen Besitzverlustes findet sich schon in der Glosse zum Decret sowie zu den Decretalen und die weitere Ausdehnung auf älteren Besitz schon bei Innocenz und wenn dessen Meinung für zweifelhaft gelten sollte, jedenfalls bei Hostiensis. Dagegen gingen die Späteren insofern weiter, als sie die bei den Canonisten beliebte Einschränkung auf Geistliche und Kirchensachen verwarfen und die Klage allgemein zuließen. Je häufiger hierdurch die Anwendung der Klage wurde, desto mehr mußte die praktische Frage, ob und welche Einreden statthaft seien, in den Vordergrund treten. Hierbei tritt dann ein Gegensatz zwischen Decretisten und Legisten hervor, über dessen Allgemeinheit uns Petrus de Ferrariis († um 1410) in seiner Practica berichtet:

Communis Decretalistarum opinio est, quod sic: sive sit bona fide, sive cum titulo sive sine titulo possessor, d. h. daß die Klage in allen diesen Fällen durchgreifend sei, wobei als Gewährsmänner Innocenz und Hostiensis citirt werden. Dagegen unterscheiden die Legisten: aut iste possessor habet titulum a violento seu vitioso possessore et tunc procedit opinio Innocentis et sequacium, aut non habet ab eo titulum sed ab alio bonae fidei possessore, dann hat er eine Einrede. Petrus selbst wagt nicht sich zu entscheiden, im Übrigen trägt er die

25) Comment. zu § 6 I. de interd. No: 3 u. 4.

oben dargestellte Lehre vor, namentlich auch, wie gegen Bruns, S. 259 Anm. 2 behauptet werden muß, in Ansehung der Klage aus bloßem älteren Besitz und nennt das c. Saepe, da ja der Canon Red. bereits Allem vorgesehen habe, eine valde levis et truffatoria provisio[26]).

Über die ungemeine Verbreitung und überall anerkannte Geltung der Klage hat Bruns[27]) so umfassende Nachweisungen geliefert, daß lediglich darauf Bezug genommen werden kann; sie herrscht in den Gerichtshöfen von Rom, Bologna, Ancona, Perugia, Lucca, Turin, Neapel, Palermo, Messina und Cremona[28]) sowie in fast allen Sammlungen von Consilien, sie dringt schon früh nach Spanien und Frankreich[29]) und ist in der That die Universalklage des Mittelalters. Bartholomaeus Socinus († 1507) bezeichnet die Lehre über diese Klage als materia utilis et quotidiana, quae in curiis continuo prae manibus versatur[30]), auch handelt er ausführlich über die Streitfrage zwischen den Decretisten und Legisten in Betreff der Einreden, wobei er ebenfalls die eine Meinung auf Innocenz IV. und die andere auf Bartolus zurückführt[31]). In den Consilien des Alexander Tartagnus († 1477), die hauptsächlich seinen Ruhm begründet und ungemeines Ansehn erlangt haben, finden sich viele hierher gehörige Rechtsfälle, in welchen es sich fast nur um die Einredenfrage handelt, die verschieden beantwortet ist und wobei stets Innocenz als Urheber der am weitest gehenden Meinung aufgeführt wird, während

26) Forma lib. in c. spol. poss., wo es namentlich heißt: probabit actor . . se possedisse per aliquod tempus ante spoliationem, hoc probato ... sequens possessor praesumitur clandestinus vel violentus, nisi probatur titulus, und Inn. citirt wird.

27) S. 258.

28) Lanfrancus de Oriano, Repetitiones Rubr. de causa poss. et propr. § quarta concl. i. f.

29) Bruns, S. 348, 365.

30) Comment. zu L. 15 D. de poss. No: 1.

31) Das. No: 12.

der Satz: si apparet de mea antiquiori possessione, dicor probasse me spoliatum possessione, als unzweifelhaft hingestellt wird[32]), worin ihm unter vielen Anderen Decius († 1535) beistimmt, der in seinen Rechtsfällen ebenfalls sehr belehrende Beispiele über die Behandlung der Klage und der Einreden hat[33]).

Unter diesen Umständen muß es genügen, sogleich auf Menochi überzugehen, dessen Commentarien die bisherige Arbeit zusammenfassen und auf die spätere Praxis einen lange dauernden Einfluß ausgeübt haben. Er giebt folgende Darstellung der Lehre von dem remedium canonis Redintegranda[34]):

1) Klagegrund ist lediglich der ältere Besitz.

No: 383. Communis est interpretum sententia, duo tantum probare oportere, antiquiorem scilicet agentis possessionem et novam conventi, quia probando ipsam antiquiorem possessionem nova praesumitur clandestina et vitiosa; ex hoc solo insurgit possessionis spoliatio. cf. No: 389.

No: 397. Necesse minime, violentiam aliquam probare, etiamsi in libello fuerit deducta[35]).

Der Kläger hat nicht einmal nöthig, den Besitz zur Zeit der etwa angeführten Spoliation zu beweisen[36]).

2) Vermag aber der Beklagte zu beweisen, daß der Kläger nicht spoliirt ist, sondern suo facto et culpa den Besitz verloren hat, so ist die Klage hinfällig. Auf diese Weise wird der entgegenstehenden Meinung der Glosse zum canonischen Recht,

---

32) Apost. zu Bartolus ad L. 3 D. 43, 17. pr. No: 4, verb. sunt aequales. — Consilia I. c. 51; II. c. 117, 118; V. c. 89—92, 99.

33) Consilia, No: 57, 302; cf. Bruns, S. 230.

34) De Recup. poss. rem. XV. Vergl. § 21, Anm. 35.

35) Vergl. Ripa, Resp. in libro Decret. R. ult. No: 19 und zu c. 3 X de causa poss. (2, 12). — Calderini und Barbatia, Consil. Barbat. IV, 23 (bei Bruns, S. 229 abgedruckt). — Mascard, de Probat. c. 1328, No: 1 flg.; c. 1200, No: 3; c. 1336, No: 11. Alle citiren Innocenz IV.

36) No: 386. cf. Mascard, de Probat. c. 1328, No: 5.

welche bei Durantis, Lanfrancus und Anderen wiederkehrt[37]), indirect eine gewisse Berechtigung eingeräumt.

No: 95. Illi qui suo facto et culpa possessionem amisit, non concedi concludunt omnes . . . hinc vera est communis omnium sententia, spoliatum non restitui, cum possessionem is in adversarium sponte transtulit.

No: 384. Probandi onus in novum possessorem transit. cf. 385, 98[38]).

3) Die Klage ist gegen jeden gegenwärtigen Besitzer gerichtet.

No: 67. Cum novus hic et singularis possessor (i. e. singularis successor) est cum bona fide sed sine titulo: hoc casu contra eum hoc remedium concedi affirmant uno ore omnes[39]).

4) Der gegenwärtige Besitzer kann sich durch den Nachweis des redlichen Erwerbes schützen.

Die Controverse wird ausführlich abgehandelt unter Zählung der Stimmen für die eine und die andere Meinung. Das Résultat ist:

minime aequum esse videtur, ut is actor, qui nititur ex antiquiori possessione sola, obtineat contra novum possessorem, qui suam possessionem ex titulo justificat (91). Probata antiquiori possessione, illa quae est junior et sine titulo, clandestina praesumitur, ut e contra, cum apparet de titulo, vitium clandestinitatis possessionis tollitur (69, 70).

5) Ausgenommen, wenn die Sache mit einem vitium reale behaftet d. h. usucapionsunfähig war; dies ist im Kurzen der Inhalt der langen Ausführung von No: 68 bis 94.

6) Kläger kann nun sein Eigenthum beweisen, was man

---

37) Oben Anm. 22 u. 23; auch Maranta, Ordo jud. IV. d. 7, No: 58.

38) Mascard, c. 1328, No: 33 flg.

39) Mascard, c. 1328, No: 12 u. 30.

Kumulation des Petitoriums mit dem Possessorium nannte. No: 479 und 640, besonders rem. 1, No: 213:

licet actori, adversus reum de dominio excipientem de eodem dominio replicare, a sua enim persona pendet cumulationis petitorii ac possessorii potestas, ut scribunt omnes.

Wenn übrigens gleichwohl Menochi von Bruns zu den angeblichen Gegnern der Klage gezählt wird (S. 259, 260), so hat dieser Irrthum folgende Veranlassung. Menochi handelt die Streitfrage ab, ob das Rechtsmittel auch den Layen zustehe und meint, es sei an sich wohl richtiger, dasselbe auf Kleriker zu beschränken, obschon ihm augenscheinlich diese seine Meinung selbst ungemein problematisch erscheint, und man bei seiner Ausführung oft in Versuchung geräth, ihn für einen Anhänger der andern Meinung zu halten. Nur hierauf beziehen sich die von Bruns angeführten Worte: inficias tamen non ibo, vix esse quod in praxi a relata receptiori sententia recedatur, quae in foro quotidiana est[40]).

§ 25.

c. In der neueren Zeit.

Die neuere Zeit nahm das rem. can. Red. ganz in der Gestalt auf, welche es im Mittelalter durch die Italiener empfangen hatte, also als eine auf älteren Besitz gegründete, gegen den gegenwärtigen Besitzer gerichtete Klage, ohne aber auch die alten Controversen zu vergessen, weshalb denn manche sich nicht mit älterem Besitz begnügen, sondern den Beweis der Spoliation verlangen und die Streitfrage in Ansehung der Einreden fortdauert. Dies gilt namentlich von Deutschland, welches hier vorzugsweise ins Auge gefaßt wird. Trotz mehrfacher Angriffe hielt sich die Klage bis zur Mitte des 18. Jahrhunderts. Bruns hat auch hierüber so ausführliche Nachweisungen gege-

---

40) De Recup. poss. XV, No: 13—21, bes. No: 20.

den[1]), daß es genügen muß, auf einige Schriftsteller und Praktiker von hervorragendem Einfluß aufmerksam zu machen.

Mynsinger schließt sich durchaus den Decretisten an: Frequentius interpretes censuerunt, quod beneficium red. competat adversus titulo possidentem, etiamsi res ad eum sine vitio pervenerit, . . nec obstat exceptio tituli seu dominii . . propter antiquiorem possessionem agentis. Observ. III, 85, No: 3, 8.

Dagegen hält sich Gaill an die mehr einschränkende Meinung einerseits der Glosse zum Decret, andererseits der Legisten: Competit ei, qui injuste possessione cecidit; datur contra possessorem malae vel bonae fidei, titulo vel absque titulo possidentem . . . Multi quoque sunt, qui contra singularem successorem titulo et bona fide possidentem et causam habentem non a vitioso sed bonae fidei auctore, hoc remedium competere negent . . . in quorum opinionem ego etiam descendo. Obs. II, 75, No: 10—12[2]).
Er bestätigt übrigens die ungemeine Verbreitung des Rechtsmittels, welches er remedium omnium plenissimum, tutissimum ac frequentissimum nennt.

Unter den Juristen des 17. Jahrhunderts ragen drei durch ihren ungemeinen Einfluß auf die Praxis, der sie ihrer amtlichen Stellung nach selbst angehörten, hervor: Anton Faber, dessen Schriften auch in Deutschland sehr verbreitet waren, Benedict Carpzov und David Mevius. Ersterer lehrt:
contra eum datur, qui cum titulo et bona fide possidet, nec aliud probare actor cogitur, nisi quod ante possederit. Cod. Fabr. VIII, 3 def. 1, No: 7 u. 8, und erklärt sich für die Präsumtion: IV, 14 def. 44.

---

1) S. 348, 374, 390—97, 417.

2) Daneben kommt aber auch die Beschränkung des c. 18 X de Rest. Spol. vor II, 129, No: 10 u. 152, No: 2.

Carpzov desgleichen:

probare necesse habet antiquiorem possessionem suam et novam conventi. I, 6. def. 8.

Mevius endlich, den Böhmer den berühmtesten fabricator praxeos nennt, unternimmt eine ausführlichere Rechtfertigung der Klage, in welcher er anerkennt, daß sie auf ein ausdrückliches Gesetz sich nicht stützen lasse, aber meint, daß ihr aequitas manifesta zur Seite stehe, hauptsächlich quod antiquior possessio potior esse debet. VIII. dec. 383, 387; IV. dec. 69, No: 5, wo er sie actio de spolio nennt und V. dec. 92.

Aus dem Ende des 17. u. dem Anfang des 18. Jahrhunderts sind Stryk und Schilter zu nennen. Ersterer muß doch auch zugestehen, daß man sich mit Grund nur auf die Praxis berufen könne, die er aber als eine allgemeine bezeichnet[3]) und letzterer verlangt vom Kläger zum Mindesten den Nachweis des guten Glaubens und eine Bescheinigung der Spoliation[4]). Leyser († 1752) wird einer der letzten bedeutenden Juristen gewesen sein, die die Klage unbefangen zulassen[5]), denn inzwischen hatten die Angriffe eine immer größere Kraft gewonnen.

Die Geschichte dieser Angriffe ist folgende, Die großen Juristen, welche der Wissenschaft des römischen Rechts neues Leben einhauchten, widmeten diesem ihre Kraft und ignorirten im Wesentlichen die dem canonischen Recht zugeschriebene Klage[6]). Da sie jedoch richtigere Ansichten über den Gegensatz zwischen Petitorium und Possessorium zu verbreiten angefangen hatten, das remedium can. Red. aber possessorisch sein sollte, so konnte es nicht fehlen, daß ihre Schüler, nachdem die Nachwirkung der deutschen Rechtssitte der gelehrten Jurisprudenz gegenüber immer schwächer geworden war, über eine Besitzklage stutzten,

3) Us. mod. 43, 16 § 1. Auch Lauterbach nennt das remedium: hodie frequentatissimum. Colleg. theor. pr. 43, 16 § 22.

4) Exercit. 47 § 55.

5) 505 m. 1. S. jedoch auch Estor († 1773) Anweisung § 250.

6) Über Cujacius s. jedoch unten § 30.

die auf älterem Besitz beruhete, gegen jeden Besitzer ging und petitorische Einreden zuließ; sie mußten darauf hingeführt werden, die angebliche Quelle dieses dem römischen Recht schnurstracks widersprechenden Instituts näher in Augenschein zu nehmen und mußten die Schwäche dieser Grundlage entdecken.

Die Reihe der Angriffe eröffnete der Spanier Sarmiento de Mendoza († 1595). Invenerunt, sagt er[7]), doctores quoddam remedium ad omnes justos possessores spoliandos et inquietandos, quod remedium ex can. Red. appellant, die Interpretation des Canons nennt er iniqua et absurda et contra legum et canonum mentem et communem sensum hominum. Hatte das Concilium gesagt, das Heil der Seele sei in Gefahr, wenn jemand ohne Recht besitze und darauf die Klage gegründet[8]), so drehte Sarmiento den Spieß um und sagte, das Heil der Seele sei in Gefahr, wenn jemand possessorisch klage, obwohl er wisse, daß er nicht Eigenthümer sei. Obwohl man nun nach diesem allem glauben sollte, daß er die Klage ganz und gar verwerfe, so ist dies doch keineswegs der Fall. Seine Polemik richtet sich eigentlich nur gegen diejenigen, welche die Einrede des Titels und besonders des Eigenthums verwerfen, indem er den Satz aufstellt: notorius defectus proprietatis excludit remedia spolii. Er tadelt zunächst nur die schrankenlose Ausdehnung der Klage und sagt: perperam extenditur, ut nihil possit esse securum, cum nec bona fides, nec titulus, nec possessio etiam mille annorum, neque denique dominium ipsum, ab illo, qui semel possedit, vel cujus auctores possederunt, tueri nos possit. Er will daher, daß der bon. fid. poss. auch im Fall, daß die Sache mit einem vitium reale behaftet sei, sich durch 40jährige Präscription schützen könne[9]), woraus folgt, daß er selbst den Beklagten vor Ablauf der 40 Jahre verurtheilt haben würde.

---

7) Tract. de redit. eccles. I, 4.
8) C. 18 X de rest. spol.
9) Select. interpret. II, 13, No: 2 u. 5.

Auf Sarmiento folgt Giphanius († 1604), der sich auf jenen beruft und gradezu erklärt, das rem. c. Red. sei nichts anderes als das int. unde vi, et tamen, fährt er fort, vulgaris error ita invaluit, ut interd. foro ut ita dicam cesserit[10]). Ausführlicher ging 1674 Caspar Ziegler[11]) auf die Sache ein, er wollte den can. Red., dessen Urtext man inzwischen kennen gelernt hatte, auf die exceptio spolii beschränken und hinsichtlich des Interdicts nur insofern eine Abänderung des römischen Rechts durch das canonische anerkennen, als der dritte Besitzer nach c. 18 X de rest. spol., wenn er die Sache wissentlich übernommen, in Anspruch genommen werden könne. Indessen hatte er noch so wenig Vertrauen zu dieser seiner Theorie, daß er die bekämpfte Lehre ausführlich vorträgt, deren Controversen abhandelt und entscheidet und dabei seinen theoretischen Standpunkt ganz zu vergessen scheint, weshalb Woltaer, obwohl ein Anhänger der alten Schule, deren Ansichten er in Anmerkungen vertheidigt, noch 1779 einen Wiederabdruck der Zieglerschen Abhandlung veranstaltete. Eine im Jahr 1676 erschienene Gegenschrift von Bötticher[12]) ist deshalb zu erwähnen, weil seitdem der Name actio spolii üblich geworden; die Italiener sagten remedium oder condictio ex can. Redintegranda, indem man nun später diesen Canon als Quelle des Klagerechts halb und halb aufgeben mußte, entstand das Bedürfniß, der Klage, die man nun auf einen Complex von Stellen des canonischen Rechts und auf die Praxis stützte, einen anderen Namen zu geben, weshalb Bötticher nach dem Vorgange des Giphanius, der schon von einem remedium spolii spricht, seine Klage die actio spolii nannte.

Aber alle diese Angriffe hatten die Praxis nicht erschüttert, bis dann endlich J. H. Böhmer († 1749) sich erhob und sein

10) Explan. Proleg. ad lib. VIII Cod. de remed. possess. No: 11 u. 16.

11) Com. ad can. Red., abgedruckt auch bei Woltaer, Observ. II, 35.

12) D. de actione spolii.

Verdammungsurtheil über die Klage aussprach[13]). Er will die Klage gegen den dritten Besitzer nur im Falle des c. 18 gestatten, nennt die alte Lehre eine doctrina insulsa, behandelt die veteres decretorum interpretes, quorum imperitia et absurditas noto notior est, auf das verächtlichste und unterwirft die Begründung bei Mevius einer ausführlichen Kritik, wobei er das Hauptargument desselben: quod antiquior possessor potior esse debeat, nur dadurch zu beseitigen weiß, daß er die Geltung dieses Satzes auf das Interd. retin. possess. beschränkt. Dieser Auctorität fügte sich nun auch die Praxis und in der zweiten Hälfte des vorigen Jahrhunderts nahm man in der Regel an, daß die Vermuthung der Spoliation nicht Platz greife und die Klage außer dem Falle des c. 18 gegen den Dritten nicht gerichtet werden könne[13a]).

Indeß läßt sich leicht ermessen, daß eine Praxis, die seit der Mitte des 13. Jahrhunderts, also seit fünf Jahrhunderten, und zwar trotz der in der letzten Zeit gegen sie wiederholt gerichteten heftigen Angriffe, bestanden hatte, nur langsam weicht. Noch 1779 machte Woltaer einen Versuch, die alte Lehre durch eine gewaltsame Interpretation des c. 18 zu retten[14]), und 1797 erklärte Fleck in Ansehung der satis nota et decantata lis inter interpretes mirum in modum agitata, num fulmina Pontificum successorem singularem quem vocant perstringant, die bejahende Meinung, quae in tribunalibus imperii Romano Germanici altissimas radices egit, sei die richtige[15]). Höpfner stellt noch beide Lehren neben einander, ohne eine Entscheidung zu wagen[16]), Thibaut behandelt die Frage als

13) Jus eccles. Protest. II, 13.

13a) S. z. B. Cramer, Opuscula III. p. 92 de Restitut. Spol. adv. tertium b. f. poss. Er leitet seine Ansicht aus der Wolffschen Philosophie ab.

14) Vergl. oben Anm. 11. In Anm. 32 sagt er: scienter detinentem interpretor quemcunque possessorem rei, de qua probari potest, quod actor ob spolium ea careat.

15) Comment. p. 114—116.

16) Comment. § 1221, vergl. jedoch § 286 i. f.

eine Controverse, indem er sich seinerseits für die neuere Ansicht erklärt[17]), und Göschen bemerkt: Viele gehen so weit, daß sie die Klage gegen jeden dritten Inhaber gestatten, auch gegen den bon. fid. poss.[18]).

Die sonstige Dogmengeschichte hat für die vorliegende Abhandlung kein wesentliches Interesse. Denn wenn es auch richtig ist, daß Böhmer und seine Nachfolger noch Mancherlei in Ansehung der Spolienklage statuirten, was Savigny, als dem römischen Rechte des Interdicts widersprechend, beseitigen zu müssen glaubte, ein Kampf, der noch heute fortdauert[19]), so betrifft dies Alles doch nur die Spolienklage, insofern sie eine Besitzklage ist. Denn von dem Augenblicke an, wo man den Satz aufgab, daß sie gegen den Dritten gehe, war die Spolienklage nicht mehr fähig, die dingliche Klage des deutschen Rechts in sich zu beherbergen.

5. Fortdauer unter dem Namen anderer s. g. possessorischer Rechtsmittel.

§ 26.

a. Vorbemerkung.

Ehe sich die cond. can. Red. allgemein festgesetzt hatte, fand ein großes Schwanken darüber statt, wo man im positiven Recht das Zeugniß für die Gültigkeit der Klage aus älterem Besitz zu suchen habe, denn daß dieses Zeugniß da sein müsse, das wurde nicht im Mindesten bezweifelt. Der Eine wollte sie aus dieser Stelle, der Andere aus jener herleiten, der Dritte combinirte alle diese Stellen und der Vierte wollte Unterschiede

17) Pand. § 237 a. E. (9. Ausg.).

18) Vorlesf. § 614, No. 5. — Über die heutige Praxis mancher Länder im Sinne der alten Lehre vergl.: Falk, Schlesw.-Holst. Privatr. IV, § 12; Schlesw.-Holstein. Anzeiger pro 1846 S. 189.

19) Seuffert, Pand. § 415, No: 2.

entdecken, je nachdem diese oder jene Stelle zu Grunde gelegt werde. Eine feste Dogmenbildung fand nicht statt, weil der can. Red. bald alle bisherigen Versuche überflüssig machte und das ganze Material so zu sagen aufsog. Gleichwohl ließ es sich die Gelehrsamkeit nicht nehmen, auch noch neben dem can. Red. die anderen Stellen in ihrem Register mit fortzuführen, woraus denn eine Menge Klagen entstanden, die im Grunde, insofern sie gegen den Dritten zugelassen wurden, auf dasselbe hinausliefen, wenn auch hie und da ein mehr oder weniger willkührlicher Unterschied gemacht wurde.

Eine gewisse Anleitung zu jenem Umhertappen gaben schon die Glossatoren. Die L. ult. § 3 C. de furtis (VI, 2) scheint vorauszusetzen, daß der Commodatar, dem die geliehene Sache gestohlen worden, eine Klage auf Rückgabe derselben gegen den Dieb habe; die condictio furtiva konnte nicht gemeint sein, weil sie nur dem Eigenthümer zusteht und die actio furti auch nicht, weil sie nicht auf Rückgabe der Sache geht. Die Glosse untersucht[1]) nun, an welche Klage man wohl zu denken habe. Die Frage hat hier kein unmittelbares Interesse, weil nur von einer Klage gegen den Dieb die Rede ist, man hat aber später das von der Glosse gewonnene Resultat auf die Klage gegen den Dritten übertragen und somit ist hier der Sache zu gedenken. Bei dieser Gelegenheit nun zählt die Glosse fünf Klagen auf, die in Betracht kommen könnten, theils billigend, theils verwerfend, nämlich:

1) condictio incerti, dies war Hugolino's Ansicht, die verworfen wird,

2) actio in factum,

3) officium judicis,

4) actio aus L. 14 C. de agri et cens. (11, 47); hierfür (ad 2—4) war Azo unter Beistimmung der Gl. ord.

5) actio triticaria.

---

1) Gl. rem furtivam ad leg. cit., desgl. Gl. incerti zu L. 12 § 2 D. de cond. furt. (13, 1).

Die Glosse zum canonischen Recht zählt 4 Gattungen[2]), hoc autem scias, quod quatuor sunt auxilia prodita, per quae petitur restitutio:

1) actio,

als Beispiel werden angeführt actio quod met. c. u. actio doli,

2) interdictum (sc. unde vi),

3) condictio ex canone (sc. Red. seu Saepe),

4) judicis officium.

Die Glosse erkennt ausdrücklich hierbei an, daß einige dieser Klagen gegen jeden Besitzer gerichtet seien, andere nicht, der Grund der Zusammenstellung ist in dem Wort restitutio zu suchen, das Gemeinschaftliche liegt also darin, daß der gegenwärtige Besitzer einer Sache genöthigt wird, diese dem früheren Besitzer zurückzugeben, ohne daß letzterer ein kontractliches oder Eigenthumsrecht nachzuweisen hätte, bloß deshalb, weil der frühere Besitzer den Besitz wider seinen Willen, im weitesten Sinne des Worts, verloren hat.

Innocenz zählt in ähnlicher Weise theils billigend, theils verwerfend auf: interdictum, actio in factum, cond. ex can. Reint., act. de dolo, act. quod met. c., actio ex L. 14 C. de agr. et censit. (11, 47)[3]).

Hostiensis fügt hinzu: vel potest aliter diversificari und warnt den Kläger, sich ja nicht bei der Wahl der Klage zu vergreifen[4]).

Durantis geht schon weiter: remedia spoliatis a jure concessa sunt octo: 1) interd. U. V., 2) judicis officium, 3) cond. ex decr. Saepe, 4) cond. ex can. Red., 5) auxilium Constit. 7 C. unde vi, 6) Ed. Div. Marci, 7) Constit. 5 C. unde vi, 8) const. ult. C. eod.

Im Laufe der Zeit steigert sich diese Zahl immer mehr und Maranta († 1530) bringt es zu der außerordentlichen

---

2) Zum Dict. Grat. bei C. 3 qu. 1.

3) Zu c. 15 u. 18 X de rest. spol. s. oben § 24.

4) Summa II de rest. spol. No: 6.

Zahl von 22 Rechtsmitteln dieser Art, die er als possessoria recuperandae possessionis bezeichnet[5]. Außer den schon vorgekommenen und zwei dem Partciularrecht von Neapel angehörigen Klagen führt er noch auf: condictio indebiti, rem. aus L. 32 D. si cert. pet., aus L. 3 C. unde vi, aus L. 6 eod., aus L. 25 C. locat., aus L. 5 C. unde vi, aus L. 7 eod., aus L. 34 C. loca., aus L. 7 D. de vi, aus L. ult. C. unde vi, aus c. 1 de rest. spol. in VIto, aus L. ult. C. de acq. poss. — Menochi ist bescheidener, er begnügt sich mit 17 Stück[6]).

Von diesen s. g. Klagen interessieren hier diejenigen, welche zu gewissen Zeiten und bei gewissen Auctoritäten der dinglichen Klage des deutschen Rechts als Stützpunkt und Einkleidung haben dienen müssen. Diese sollen nunmehr einer kurzen Betrachtung unterzogen werden.

§ 27.

b. Judicis officium.

Man hatte früher die Meinung, daß der Richter das Recht und die Pflicht habe, in allen Fällen, wo das positive Recht eine von der Billigkeit gebotene Aushülfe versage, solche aus eigener Machtvollkommenheit zu gewähren, sei es als Klage oder Einrede. Schon die Glosse[1]) weist dem Richter diesen hohen Beruf zu, am klarsten aber spricht sich darüber Durantis aus:

> Ubi deficit lex et contractus, judex facit, quod sibi de bono et aequo videtur. Proponitur jud. off. quandoque loco actionis, quandoque impedit actionem. Und: Off. jud. latissime patet, datur enim ubicunque alia actio non datur[2]).

---

5) Spec. aur. p. IV, dist. 7, No: 28 flg.

6) De Recup. poss. Vergl. auch Gaill, II, 75, No: 8 u. Ripa zu L. 15 de possess. No: 15.

1) Gl. rem furtivam zu L. ult. § 3 C. de furtis; Überschrift zu L. D. de edendo. — c. 2 X de off. jud. (I, 32) nebst Glosse.

2) Lib. I tit. de off. omn. jud. § 1, No: 3 u. § 2; lib. IV. tit. de off. jud. No: 1.

Durantis giebt dann auch eine Anzahl von Beispielen. Eine solche Klage wurde zuweilen selbst mit dem Namen judicis officium bezeichnet. Erst der unermüdliche J. H. Böhmer hat in einer ausführlichen Abhandlung diese allerdings bedenkliche Auffassung des richterlichen Berufes auf ihr richtiges Maaß zurückgeführt[3]).

Daß der Versuch gemacht worden ist, der dinglichen Klage des deutschen Rechts auf diese Weise Eingang zu verschaffen, ist sehr natürlich. Schon Hugolinus († ungefähr 1233) that dies, wie in der Gl. facile zu L. 19 D. de pet. hered. berichtet wird: Sed quid si rem meam tibi commodavi, nunc reperis penes alium: numquid poteris agere contra eum? Resp. non aliqua actione sed forte judicis officio secundum H. Ebenso Roffredus († ungef. 1243), wie Durantis mittheilt, der bei der Streitfrage, ob jemand bloß aus älterem Besitz klagen könne, nach Angabe verschiedener Meinungen hinzufügt: Rof. dixit, quod mihi judicis officio subvenitur[4]).

Die Glosse zum Decret stellt judicis officium neben interd., actio u. condictio ex canone und sagt: item per jud. off. petitur restitutio, cum aliquis propter absentiam perdit rem suam . . potest agi contra quemlibet possessorem[5]).

Innocenz giebt dem, der des Besitzes entsetzt ist, das interd. Unde vi, officium judicis u. condictio ex decreta.[6]).

Bartolus will insbesondere dem Commodatar und Depositar, der unfreiwillig den Besitz einer Sache verloren hat und sie vom gegenwärtigen Besitzer zurückfordert, mit dem officium judicis zu Hülfe kommen[7]).

---

3) Jus eccl. Prot. lib. I. tit. 22, bes. § 1 u. 8.

4) Spec. lib. II. tit. de petit. poss. et spol. § 1, No: 33. Vergl. oben § 21 nach Anm. 7.

5) Zum Dict. Grat. bei C. III. qu. 1.

6) Zu c. 9 X de prob. (II, 19) No: 6. —

7) Zu L. 15 D. de acq. poss. No: 1; zu L. 12 § 2 D. de cond. furt. 13, 1) No: 3; zu L. 19 D. de hered. pet. (V, 3).

In einer additio zur Glosse a dominis zu L. 2 C. de furtis (VI, 2) heißt es nach Abbas[8]: antiquior possessor potest contra secundum possessorem etiam bona fide possidentem implorare officium judicis vel agere condictione ex L. si coloni.

Ähnliches lehren: Durantis, Maranta und Menochi[9]. Bemerkenswerth ist, daß noch Mevius sagt: singularis successor etsi justo titulo et bona fide possidens judicis officio ad restituendam possessionem compellendus est[10]).

§ 28.

c. Remedium ex Lege Si coloni.

Das römische Recht hat eine eigenthümliche Bestimmung über flüchtige Colonen:

L. 14 C. de agric. XI, 48(47): Si coloni, quos bona fide quisque possidet, ad alios fugae vitio transeuntes necessitatem propriae conditionis declinare tentaverint, bonae fidei possessori primum oportet celeri reformatione succurri, et tunc causam originis et proprietatis agitari.

Dies stimmte trefflich zu den gangbaren Ideen germanischen Ursprungs[1]) und man hielt sich berechtigt, die Bestimmung als Ausfluß einer allgemeinen Regel anzusehen. Zunächst gab die Glosse auf Grund dieser Stelle dem bonae fidei possessor eine Klage gegen den Dieb auf Rückgabe der Sache[2]), sie ging aber noch weiter und gestattete die Klage aus älterem Besitz auch gegen den dritten Inhaber.

8) Ein berühmter Commentator der Decretalen, s. Lipenius s. v. Decret., nicht zu verwechseln mit Panormitanus, der auch zuweilen Abbas genannt wird.

9) D. spec.: lib. IV de rest. spol. § 1, No: 12. — Ma: de ord. judic. p. IV. d. 7. No: 43. — Me: de rec. poss. rem. 17. Vergl. Bruns S. 255.

10) p. VIII. dec. 383.

1) S. oben § 4 Anm. 11.

2) Gl. rem furtivam zu L. ult. § 3 C. de furtis. Gl. incerti zu L. 12 § 2 D. de cond. furt. (13, 1).

Gl. a dominis zu L. 2 C. de furtis (VI, 2): sed quid si erat bonae fidei possessor is, cui furtum factum erat? an habeat contra possidentem aliquod auxilium? Videtur quod sic, ut L. si coloni[3]). Es folgt die add. S. 177.

Anderer Meinung war freilich die Gl. erepta est zu L. 15 D. de poss.: non tamen habet locum aliquod possessorium judicium (in Bezug auf gestohlene oder geraubte Mobilien) nisi occasione immobiliorum rerum[4]). Indeß hielt man sich an die erstere, mehr zusagende Stelle und nahm an, daß die L. si coloni die vermißte Klage aus älterem Besitz gewähre[5]). Den Widerspruch der Glosse wußte Bartolus dadurch zu beseitigen, daß er annahm, in der zweiten Stelle sei nur das Interdict versagt, sed alia juris remedia bene competunt ad possessionem recuperandam.

§ 29.

d. Condictio triticaria.

Das römische Recht gestattet im Fall des Diebstahls oder Raubes ausnahmsweise dem Eigenthümer die Condiction gegen den Dieb, auch wenn dieser die Sache selbst noch besitzt. Eine Hauptstelle hierfür steht im Titel der Digesten, welcher die Überschrift führt de cond. tritic. (13, 3):

> rem autem suam per hanc actionem nemo petet, nisi ex causis, ex quibus potest, veluti ex causa furtiva vel in re mobili vi abrepta. L. 1 § 1[1]).

Von selbst versteht es sich, daß die Römer hierbei vom

---

3) Auch Roffredus war dafür; s. Durantis spec. lib. II. tit. de pet. poss. et spol. § 1, No: 33.

4) Vergl. Gl. in vacuam zu L. 12 C. de prob. (4, 19).

5) Innocenz u. Hostiensis, Comm. zu c. 18 X de rest. spol. — Bartolus, s. die Citate in § 27 Anm. 7. — Maranta, Spec. aur. IV, 7, No: 46. — Menochi, de recup. poss. rem. 10.

1) Vergl. L. 12 i. f. D. usufr. qu. cav. (7, 9); Gaj. IV § 4; § 14 I. de act. (4, 6); Savigny, System V, S. 553, 627.

Kläger den Beweis des Eigenthums und des Diebstahls verlangten. Anders faßten die Glossatoren die Sache auf. Da nämlich in der Stelle der Beweis des Eigenthums nicht ausdrücklich als Bedingung genannt wird, so meinten sie, daß es darauf überall nicht ankommen solle und sahen hierin das Eigenthümliche der cond. tritic. Sie nahmen daher an, daß mittelst dieser Klage auch der bonae fidei possessor auf Rückgabe der Sache klagen könne[2]). Man dachte hierbei zunächst nur an die Klage gegen den Dieb. Die Postglossatoren aber verstanden die Glosse auch von der Klage des bon. fid. poss. gegen den dritten Besitzer und so wurde auch die s. g. cond. tritic. zur Stütze für die dingliche Klage des deutschen Rechts[3]).

§ 30.

e. Condictio ex L. quum quaerebatur.

In der L. ult. C. unde vi (8, 4) hat Justinian die eigenthümliche Verordnung erlassen, daß wenn jemand einen Besitz durch bloße Abwesenheit verliert und ein Dritter diese vacua possessio occupirt, der frühere Besitzer berechtigt sein soll, die Restitution des Besitzes mittelst des Interd. de vi zu verlangen[1]).

Diese treffliche Gelegenheit zur Anknüpfung der herrschenden Anschauungen ließ man sich nicht entgehen.

Durantis sagt sehr bestimmt: hoc casu sufficit probare me possedisse, licet nullam probem dejectionem, nam quilibet praesumitur occupare, nisi probet justum initium suae possessionis. Si autem probaverit se justam causam possi-

---

2) Gl. rem furtivam zu L. ult. § 3 C. de furtis. — Gl. incerti zu L. 12 § 2 D. de cond. furt. (13, 1). —

3) Bartolus, s. die Allegate § 27 Anm. 7. — Jo. Faber, Instit. de Interd. (IV, 15) § Recup. No: 4. — Maranta, spec. aur. IV, 7, No: 39. — Menochi, de recup. poss. rem. 3.

1) Savigny, Bes. S. 569—572.

dendi habere, non praesumitur occupasse. (Spec. IV. tit. de rest. spol. § 1, No: 19 flg.)

Dieselbe Lehre trägt ausführlicher Bartolus im Commentar zu obiger Stelle vor, wo namentlich folgende Sätze vorkommen: sufficit te probare possedisse (No: 3); sufficit dolus praesumtus auf Seiten des Beklagten, in possessore sine titulo praesumitur mala fides sed praesumtio haec non potest opponi nisi a veteri possessore (No: 9 u. 15).

So bedeutenden Auctoritäten folgten natürlich auch die Späteren[2]. Selbst Cujacius unterlag dem Einfluß der französischen Praxis und knüpfte an obige Stelle, mit welcher er andere Stellen des Codex verband, sein generale interdictum restitutorium momentariae possessionis; quod hodie beneficium reintegrandae possessionis appellamus, dessen Wesen in der Hauptsache mit dem remedium ex can. Red. übereinstimmt[3].

§ 31.

6. Fortdauer als Possessorium mixtum.

Wenngleich die Ansicht feststand, daß eine auf älterem Besitz beruhende und auf Restitution des Besitzes gerichtete Klage eine possessorische sei, so mußte sich doch die petitorische Natur derselben namentlich dann geltend machen, wenn die Parteien durch Einrede, Replik und Duplik zum Nachweise des Titels oder gar bis zum Nachweise des Eigenthums vorschritten. Es wäre unmöglich gewesen, sich so lange der richtigen Auffassung zu entziehen, wenn sich nicht die Lehre von der Kumulation des Petitoriums und des Possessoriums als bequemer Deckmantel dargeboten hätte. Die Geschichte derselben ist folgende.

---

2) Maranta, de ord. jud. p. IV. 7, No: 54. — Menochi, de recup. poss. rem. 13, insbes. No: 62 flg.

3) Paratitla in Cod. unde vi. — Observ. XIX, 16. I, 20. S. Savigny, Bes. § 43 und Bruns, S. 371.

Obschon die Quellen mehrmals sehr bestimmt die prozessualische Trennung der Besitz- und Rechtsfrage vorschreiben[1]), so drängte sich doch schon den Glossatoren das Bedürfniß der Kumulation auf. Bassianus und Azo stemmten sich vergebens der Neuerung entgegen, die Meinung des Martinus, welcher dafür war, wußte sich durchzusetzen und wurde in die glossa ordinaria aufgenommen, wobei bemerkenswerth ist, daß Accursius einen Erlaß Innocenz III. bei Entscheidung der Controverse zu Hülfe nimmt. Indeß wurde doch ein Vorbehalt gemacht: beim interdictum retinendae possessionis sollte die Kumulation nicht zulässig sein, quia contrariis ventis flantibus navigare non licet, denn bei diesem Interdict muß Kläger Besitzer sein, bei der Vindication aber darf er es nicht sein[2]). Meist ohne Rücksicht auf diesen Vorbehalt wurde die Kumulation in einer Anzahl von päbstlichen Entscheidungen, die bis auf eine von Innocenz III. herrühren, theils für zulässig erklärt, theils als zulässig vorausgesetzt[3]). Die Glosse bemerkt, daß das römische Recht die Trennung vorschreibe, berichtet über die Controverse unter den Glossatoren des römischen Rechts und erklärt endlich, daß das canonische Recht hierin das römische abgeändert habe, wobei dann auch rücksichtlich des interd. U. P. eine Ausnahme anerkannt wird[4]). Bartolus konnte diese Ausnahme nicht unbedingt gelten lassen, da er den Satz aufstellt, daß das int. U. P. zuweilen recuperatorisch sei; die contrarietatis ratio, wie die Glosse zu den Decretalen sich ausdrückt, ist ihm also dann nicht vorhanden, wenn der Besitz diversis

1) Vergl. unten § 70.

2) Gl. zu L. 37 D. de jud. (5, 1), wo das c. 5 X de causa poss. citirt wird. — Gl. judice zu L. 13 C. de R. V. (3, 32). — Gl. quaestionem zu L. 3 C. de interd. (8, 1). — Gl. interdicto zu L. 18 D. de vi (43, 16). — Haenel, Dissens. Dominorum, Hugolinus, § 169 p. 387. — Gl. Possessorio zu c. 6 X de causa poss. (2, 12).

3) c. 2—6 X de causa poss. (2, 12). — c. 36 X de test. (2, 20). —

4) Gl. expressum zu c. 2 de causa poss. — Gl. possessorio zu c. 6 eod. Schon das c. 5 eod. deutete darauf hin.

respectibus vorkommt, d. h. wenn der Kläger für sich nur den Civilbesitz behauptet, den Naturalbesitz auf Seiten des Beklagten aber zugiebt[5]). Diese Lehre des Bartolus blieb dann lange die herrschende, die Späteren haben wenig hinzugethan. Aber nicht bloß in der Sache selbst, sondern auch darin blieb er tonangebend, daß die Frage nach seinem Vorgange zu L. 12 § 1 cit. abgehandelt wurde, sowie in der ermüdenden Weitläuftigkeit, die seitdem dieses Thema beherrscht und ein aufmerksames Studieren der langen Abhandlungen kaum gestattet. Die Lehre wurde durch unzählige Unterscheidungen eine der verwickeltsten, auch ist nicht unbeachtet zu lassen, daß durch die Competenzfrage kirchlich-politische Motive mit in's Spiel gezogen wurden[6]).

Das wesentliche Ergebniß war, daß man die Häufung überall zuließ ausgenommen den Fall der echt römischen Besitzstörungsklage. Aber auch diese Eine Ausnahme wurde später insofern beseitigt, als man die eventuelle oder alternative Kumulation erfand[7]). In dieser Weise wird die Lehre noch heute vorgetragen.

Außer dem Falle der eigentlichen Klagenkumulation wurde eine Vermischung des Besitz- und Rechtsstandes auch dann herbeigeführt, wenn gegen eine possessorische Klage eine petitorische Einrede, namentlich die Einrede des Eigenthums vorgebracht und zugelassen war. Einen solchen Prozeß nannte man im Anschluß an die Unterscheidung in L. 2 § 2 D. de interd. (43, 1): possessorium quod causam habet dominii.

---

5) Zu L. 12 § 1 D. de poss. No: 10—12, 16 u. 19. —

6) S. z. B. Maranta, de ord. jud. IV, 13, u. vergl. Roßhirt, Dogmengesch. S. 200 A. 1. — Ein sehr altes Beispiel der Kumulation findet sich im Gründungsbuch des Klosters Heinrichau ed. Stenzel (1854). Der Antrag lautet: peto ipsum compelli ad restitucionem mansorum neque (nec non?) eosdem ecclesiae adjudicari. Die Abweisung erfolgt, weil Kl. weder ehemaligen Besitz noch Titel erweisen kann. Urk. No: 32 v. J. 1283.

7) Hert, II, 480, 1. — Ludovici, Einl. c. 2 § 27. — v. Berger, Elect. proc. § 40. — Böhmer, J. E. P. II, 12 § 5.

Einen gewissen Gegensatz hierzu bildete das bloße Coloriren des Besitzstandes. Der Ausdruck kommt schon früh vor[8]) und hat sich bis auf den heutigen Tag erhalten. Man meinte damit die Bescheinigung des Titels und sprach von einem titulus coloratus und discoloratus[9]). Insofern es hierbei nur auf den Beweis der Fehlerfreiheit oder Fehlerhaftigkeit des Besitzes abgesehen ist, läßt sich davon selbst im rein römischen Besitzprozesse füglich Gebrauch machen und hat hier kein weiteres Interesse. Die Praxis aber bediente sich nicht selten dieser Form, um unter derselben der dinglichen Klage des deutschen Rechts Einlaß zu gewähren.

So kam man denn zu einem Possessorium mixtum[10]), welches bald alle genannten Fälle, bald einzelne derselben umfaßte und in Ansehung dessen angenommen wurde, daß 1) die Einrede des Titels zulässig und durchgreifend sei[11]), was ja sonst beim Possessorium sehr streitig war und daß 2) der losgesprochene Beklagte die exceptio rei judicatae habe, falls er später etwa in Petitorio belangt werden sollte[12]). Eine bestimmte dogmatische Ausbildung fehlt, desto freiere Hand hatte die Praxis, die dingliche Klage des deutschen Rechts und das Princip der Relativität unter dem Namen des Poss. mixtum zur Anwendung zu bringen[13]).

---

8) S. z. B. die Überschrift zu c. 6 X de Concess. praeb. (3, 8) in den glossirten Ausgaben.

9) Vergl. z. B. Menochi de Recup. poss. I. 180 flg.

10) Menochi de retin. poss. III. No: 519. — Cramer, Observ. I, S. 821. — Stryk, Diss. de necess. ed. tit. c. 2, No: 110 flg. (in Opp. V, No: 25).

11) Mascard de Probat. c. 1200, No: 14. — Coccejï, Jus civ. contr. 43, 1 qu. 4. exc. 3.

12) Bartolus zu L. 12 § 1 D. de poss. No: 4. — Ripa eod. No: 103. — Socinus jun. eod. No: 10.

13) In den Anmerkungen über den Cod. jud. bavar. v. 1753, München 1778 wird S. 60 geklagt: es sei oft weder aus den Acten noch aus dem Urtheil zu ersehen, ob dasselbe ad petit. oder ad possess. gerichtet sei.

II. Ansätze zur Fortdauer als dingliche Klage.

§ 32.

1. Präsumtion des Eigenthums aus dem Besitze.

Zu allen Zeiten ist der Gedanke vorherrschend gewesen, daß die auf älterem Besitz beruhende Klage eine possessorische sei. Gleichwohl hat sich der richtige Gesichtspunkt mehrfach geltend gemacht, zunächst darin, daß man die Beziehung jener s. g. possessorischen Rechtsmittel auf den Schutz des Eigenthums anerkannte und davon ist bereits im § 18 die Rede gewesen. Es liegen aber auch Versuche vor, den Vorzug des älteren Besitzes direct mit den Klagen zum Schutz des Eigenthums und mit dem Beweise des Eigenthums in Verbindung zu bringen und hierüber soll jetzt Auskunft gegeben werden. Vorweg ist jedoch zu bemerken, daß diese Versuche theils eben nur Versuche geblieben, theils wenigstens zu einer bestimmten dogmatischen Ausbildung nicht gediehen sind, so daß sie im Wesentlichen nur geschichtliches Interesse haben, hier aber sehr geeignet sind, den fortdauernden Einfluß des deutschen Rechts zu zeigen.

Von besonderer Wichtigkeit ist die Lehre von der Präsumtion des Eigenthums aus dem Besitze. Diese Präsumtion ist zunächst in Beziehung auf den gegenwärtigen Besitzer zu betrachten.

Auf dem Standpunkt des römischen Rechts bedarf der Satz, daß der Kläger abgewiesen wird, wenn er sein Eigenthum nicht beweist, ohne daß der Beklagte irgend eine Thätigkeit entwickelt, keiner weiteren Erklärung, als der, daß der Richter unthätig bleiben muß, wenn ihn der Kläger von dem Dasein seines Rechts nicht überzeugt[1]). Das germanische Recht dagegen verlangt vom Beklagten nicht nur, daß er etwas thue, um sich das Beweisrecht zu verschaffen, sondern auch, daß er, wenn ihm das Beweisrecht zuerkannt ist, sein Eigenthum beschwöre, weshalb

1) Savigny, Bes. S. 42 Anm. 1.

denn auch der Sprachgebrauch die Parteirollen nicht unterscheidet[2]). So war es denn ganz natürlich, daß die Begründer des modernen Rechts ihre germanistische Anschauungsweise durch eine anderweite Motivirung jenes römischen Satzes zu beruhigen suchten. Diese fanden sie in der Präsumtion des Eigenthums aus dem Besitze, welche dem römischen Recht fremd ist, wenn man nicht etwa ein ungebührliches Gewicht auf die allerdings incorrecte Fassung der L. 2 C. de prob. (4, 19) legen will: te in probatione cessante dominium apud eum (sc. possessorem) remaneat[3]).

An diese Stelle knüpft denn auch Placentinus jene Präsumtion, die von Accursius, wenn auch nicht ausdrücklich gebilligt, doch auch keineswegs verworfen wird[4]). Auch in der Glosse zu den Decretalen[5]), in den italienischen Stadtrechten[6]) und in der italienischen Theorie[7]) kommt sie vor. Von den Deutschen mögen statt aller Mevius[8]) und Carpzov[9]) genannt sein und obwohl schon früh der römische Gesichtspunkt wenigstens gelegentlich geltend gemacht wurde[10]), so hatte doch der Satz anscheinend etwas so unschuldiges, daß selbst Sa-

2) § 12 Anm. 1ª flg.

3) Vergl. dagegen L. 15 D. de exe. rei jud. (44, 2).

4) Gl. dominium zu L. 2 cit. — Gl. amoveri zu L. 27 D. de cond. instit. (28, 7). — Gl. dominos zu L. 6 C. U. V. (8, 4).

5) Gl. probatum zu c. 6 X de institut. (3, 7). — Note zu c. 1 Clement. ut lite pend. nil inno. (2, 5), bei o.

6) § 37, No: 5. Pavia.

7) Menochi, de Praesumt. praes. 63 lib. VI. — Mascard, de Prob. c. 537—40.

8) I dec. 186, No: 4; dec. 53, No: 8.

9) I, 16 def. 23, No: 4.

10) Menochi de adip. poss. IV, No: 794. Possessio prodest in absolvendo, non autem ut titulum attulisse dicatur. Er citirt Balbus u. Decius, welcher sagt: possessionem hoc commodum non parere, ut reus absolvatur, cum possessio hoc solum operetur, ut possessor reus efficiatur et reus in dubio absolvitur, ita quod idem esset in alio reo non possidente.

vigny noch in der fünften Auflage seines Werkes über den Besitz ihn annehmen konnte[11]).

Gleichwohl läßt sich der Sache ein Gesichtspunkt abgewinnen, der nichts weniger als römisch ist. Zunächst müßte die Vermuthung wegfallen und der Beklagte verurtheilt werden, wenn der Kläger nur nachweisen könnte, daß der Besitz des Beklagten ein rechtloser ist[12]). Sodann läßt sich gegen Vermuthungen mit Vermuthungen streiten und so konnte man dahin kommen, den Kläger in seiner Beweisführung wesentlich zu erleichtern. Dixit Placentinus, heißt es in der Glosse[13]) quod satis est ad dominii probationem probare haec tria, emptionem, vacuae possessionis traditionem et precium solutum. quod non placet. Diese gemißbilligte Meinung zieht sich, obwohl niemals als herrschende[14]) durch das Mittelalter und die spätere Zeit hindurch und ist neuerdings wieder von Schoemann, Thibaut und Anderen lebhaft vertheidigt, so daß ihr Vangerow, als einer noch heute streitigen Frage eine Erörterung angedeihen läßt[15]). Daß diese Ansicht, insofern sie auf die römische Vindication sich bezieht, verwerflich ist, sollte nicht länger bezweifelt werden, wie denn auch Thibaut bald genug die Haltlosigkeit der Sache eingesehen hat.

Noch weit folgenreicher aber wird jene Präsumtion, wenn man sie auf ehemaligen Besitz bezieht. Auch diesen Schritt hat bereits Placentinus gethan. Item dicit, heißt es a. a. O.,

---

11) S. Ausg. 6 S. 42, A. 1.

12) § 71, Anm. 20. Sehr originell heißt es in den Anmerkungen über den Cod. jud. bavar. München 1778, S. 58b: in foro interno wird das beati possidentes nicht unter die acht Seeligkeiten gerechnet und nutzt vor Gott wenig, wenn nicht zugleich der Innhaber sicher auf der Brust und in bona fide ist.

13) Gl. in vacuam zu L. 12 C. de prob. (4, 19). cf. Gl. a non domino zu L. 1 pr. D. de Public. (6, 2).

14) Menochi, l. c. No: 6. — Faber, in Cod. lib. IV tit. 14. def. 3 u. 69. — Carpzov, I, 16. def. 24, No: 6.

15) § 332, wo die Literatur ausführlich angegeben ist.

quod eo ipso, quod quis possidet vel possederit[16]), dominus praesumitur et vindicat, si a possessione cadit. quod non placet. Gleichwohl war diese Auffassung nicht ganz zu verdrängen und tritt mehrfach hervor[17]). Stehen nun zwei Besitzer einander gegenüber, so hatte man zwei Präsumtionen, die einander aufheben. In dieser Verlegenheit drückte man sich entweder so unbestimmt aus, daß oft nicht zu ersehen ist, ob die Präsumtion aus älterem oder aus gegenwärtigem Besitze gemeint ist[18]), wie denn z. B. Alciat bemerkt, die Stelle der Statuten von Pavia, quod ex possessione praesumatur dominium, gelte sowohl vom Kläger als vom Beklagten[19]), oder man ließ die eine Präsumtion durch die andere verdrängt werden. Als herrschende Meinung ist schließlich diejenige anzusehen, welche, soweit von einer als dinglich anerkannten Klage die Rede ist, den gegenwärtigen Besitzer vorzieht[20]).

§ 33.

2. Die s. g. Pflicht zur Angabe des Besitztitels.

Es hat auf dem Standpunkte des römischen Rechts kaum einen Sinn, von einer solchen Verbindlichkeit zu reden. Beweist der Kläger Eigenthum oder Usucapionsbesitz, so wird der Beklagte, wenn er geeignete Einreden nicht vorbringen kann, ver-

16) S. auch den folg. § nach Anm. 3.

17) Paul de Castro, cons. 105. — Barthol. Socinus zu L. 15 D. de poss. No: 1 u. 2. — Mar. Socinus jun. cons. 128, No: 13. vol. II. — Statuten von Brescia § 37, No: 2. — Faber, in Cod. IV, 14. def. 40. — Hert, Resp. II. dec. 238. — Die Tiroler Landesordnung von 1573 führt „Gewöre" unter den Beweismitteln auf; II, 50.

18) Dem entspricht, daß umgekehrt in dem Landrecht der Grafschaft Sarbrük v. J. 1321 c. 3 art. 2 u. 4, sowohl dem Kläger als dem Bekl. die Pflicht auferlegt wird, den Titel anzugeben (v. d. Nahmer, die Landrechte des Ob.- u. Mittel-Rheins II, S. 938).

19) Resp. 395, No: 2.

20) Menochi, de Praesumt. VI, pr. 63, No: 10. — Mascard, de Probat. c. 540.

urtheilt, ist der Kläger beweisfällig, so wird der Beklagte bloß um seines gegenwärtigen Besitzes willen losgesprochen. Indeß ist doch auch bei den Römern die Frage in der späteren Kaiserzeit aufgeworfen:

L. 11 C. de pet. hered. (3, 31): Cogi possessorem ab eo, qui expetit, titulum suae possessionis dicere, incivile est, praeter eum scilicet, qui dicere cogitur, utrum pro possessore an pro herede possideat (Arc. et Hon.)[1]).

Grade umgekehrt geht das germanische Recht davon aus, daß der Beklagte es sei, der über den Grund seines Besitzes zunächst Auskunft zu geben habe[2]) und diese Auffassung erhielt sich beim Zusammenstoß beider Rechte.

Bei den Glossatoren, den älteren Prozessualisten und selbst bei Bartolus findet sich im Wesentlichen noch nichts hiervon[3]). Nur Placentinus macht auch hier eine Ausnahme:

Sed et illud notandum est, quod dicitur, res alienas possidentem non debere restituere, nisi suam intentionem implenti, debet intelligi, vel quasi implenti. Hoc autem fit . . . ut si quis probet se retro possedisse . . . quippe in hac actione non petitor sed possessor suae possessionis titulum dicere cogitur et probare (Summa in Cod. zu Lib. 3 tit. 32 i. f. Ausg. Mog. 1536 p. 115).

Selbst Baldus und B. Socinus kennen nur eine wirkliche Ausnahme von der Regel der L. 11 cit., nämlich hinsichtlich des possessor beneficii. Die eigentliche Quelle der Lehre ist die Glosse zum canonischen Recht[4]). Sie stellt ebenfalls zwar

---

1) Die L. 5 C. de furtis (6, 2) bezieht sich wohl auf die actio furti und setzt voraus, daß der Kläger den Beweis der Thäterschaft des Bekl. bis auf einen gewissen Grad erbracht hatte. cf. L. 10 § 5 D. de quaest. (48, 18).

2) S. oben § 7 z. A.

3) Man vergl. die Glosse und die Commentatoren zu den oben allegirten Stellen sowie zu L. 16 C. de prob. (4, 19). Sodann Pillius, de ord. jud. I, § 10. — Tancred II. 2. — Durantis I. p. 4 de teste § 5, No: 6.

4) Gl. non cogitur zu c. 1 C. 2 qu. 4.

die Nichtverpflichtung als Regel auf; läßt aber eine Anzahl weitgreifender Ausnahmen zu, von denen hier besonders zwei von Interesse sind: 1) cum jam est praesumtio contra possessorem, welche auf L. 5 cit. und 2) fundata intentione actoris, welche auf L. 16 C. de prob. (4, 19) gestützt wird. Bei der Unbestimmtheit dieser Begriffe ließ sich der weiteste Gebrauch von ihnen machen und man kann schon im Voraus vermuthen, daß man sie zu Gunsten des älteren Besitzes gedeutet haben wird, ja daß namentlich die letztere Ausnahme grade hierauf speziell zu beziehen ist. Indeß läßt sich dies auch bestimmt nachweisen. Innocenz und Hostiensis lehren nämlich beide übereinstimmend: fundata est intentio actoris per probationem antiquioris temporis[5]). Hiermit war die Regel des römischen Rechts vollständig aufgehoben, denn wenn der gegenwärtige Besitzer sich dem früheren Besitzer gegenüber nicht darauf berufen kann, gegen wen soll er sich dann derselben bedienen? Daß man sich dessen nicht bewußt wurde, ist eine Eigenthümlichkeit jener Zeit, welche einmal weder den eigenen Rechtsgedanken noch die Übereinstimmung mit dem römischen Recht aufgeben mochte. Man faßte nun die Regel des römischen Rechts so auf, daß sie nur gegen den gelte, der seinen Anspruch in keiner Art, auch nicht durch Berufung auf älteren Besitz begründen konnte und brachte sie in Zusammenhang mit dem Verbot der Selbsthülfe[6]). Am wunderbarsten zeigt sich diese völlige Umkehrung der römischen Anschauungsweise darin, daß man die Regel der L. 11 C. cit. nicht bloß auf den gegenwärtigen, sondern auch auf den ehemaligen Besitzer bezog, wie z. B. aus der Gl. „titulum" zu c. 19 X de prob. (2, 19) hervorgeht:

> Quare tenentur isti ostendere titulum, cum probent se possedisse et possessor non compellitur dicere titulum suae possessionis.

5) Zu c. 9 X de prob. Host. § ex praem. u. Inn. No: 5. Letzterer auch zu c. 13 X de Prob. (2, 19).

6) S. z. B. Glosse zum sächs. Weichbild Ausg. von 1547. Gl. zu Art. 29 col. 4.

Bereitwilligst wurde diese Lehre, welche sich allgemeiner Anerkennung bei den Praktikern erfreute[7]), in Deutschland angenommen und namentlich durch das große Ansehn des Mevius[8]) verbreitet, wie denn auch Stryk eine eigene Dissertation de possidente non meliore[9]) schrieb, in welcher er die Kehrseite des Satzes: melior est conditio possidentis zeigen will und damit anhebt, den Vorzug des älteren Besitzes zu schildern. So erhielt sich die Lehre Jahrhunderte hindurch, sowohl im gemeinen Recht[10]) als in Particularrechten[11]) und fing erst an, aus den Lehrbüchern zu verschwinden, nachdem die historische Schule[12]) die Bemerkung gemacht hatte, daß sie keinen Boden im römischen Recht habe.

§ 34.

3. Versuche zur Benutzung der Publiciana.

Es wäre, wie schon erwähnt[1]), beim Zusammenstoß des fremden und einheimischen Rechts das Natürlichste gewesen, die römische Publiciana in rem actio und die deutsche dingliche Klage zusammen zu schmelzen. Allein Mangel an klarem Bewußtsein über die gestellte Aufgabe verhinderte diesen Schritt, man hat vielmehr formell die römische Klage in ihrer überlie-

---

7) S. z. B. Menochi, de Praes. VI. pr. 69. — Mascard, de Probat. c. 1201, No: 65.

8) p: IV. dec. 356, 357. — VI. dec. 151. — III. dec. 205.

9) In Opp. vol. V, No: 24. Vergl. mit No: 25: de necessitate edendi titulum.

10) Hertii Resp. I, 496, No: 2. — Carpzov II, 8 def. 4. — Hofacker, princ. II, § 775. Höpfner, Comm. § 283. — Cocceji, J. C. contr. XXII, 3. qu. 4. — Spangenberg, § 169. — Glück II, S. 582.

11) König, Practica und Prozeß der Gerichtsläuffte nach dem Brauch sächs. Landart. (1550) c. 68. — Bayr. Ldr. v. 1756 II, 5 § 8. — Preuß. Ldr. I, 15 § 33 flg. u. 7 § 180 flg.

12) Savigny, Bes. § 3, No: 4, dem auch Weber, Beweisführung S. 136 folgt.

1) § 18.

ferten Gestalt beibehalten und das einheimische Petitorium daneben gestellt. Gleichwohl fehlt es nicht an einzelnen Stimmen, die jene Richtung anbahnen. Auf diese soll hier aufmerksam gemacht werden.

Bei den Glossatoren und deren Nachfolgern, namentlich bei Durantis findet sich nichts Bemerkenswerthes. Auch Bartolus lehrt römisches Recht und zwar in sehr dürftiger Weise[2]). Selbst die bekannte Controverse, ob die frühere Tradition stets oder nur dann entscheide, wenn Kläger und Beklagter ihr Recht von demselben Auctor ableiten[3]), wurde meist im Sinne Ulpians entschieden[4]), obwohl doch die Meinung des Neratius mehr im Einklang mit den herrschenden Ansichten über den Vorzug des älteren Besitzes gewesen wäre.

In Deutschland scheint der Gebrauch der Publiciana kein ausgedehnter gewesen zu sein. In der That genügte das einheimische Petitorium vollständig. So findet sich unter den Rechtsfällen des Gaill und Mevius kein einziger über die Publiciana[5]). Die Theorie hielt das römische Recht im Allgemeinen fest und zog, wenn einmal die Praxis darauf hingeführt wurde, diese nach sich[6]). Nur darin zeigte sich der Einfluß des deutschen Rechts, daß man sehr geneigt war, die Publiciana zu

---

2) Vergl. die Glosse zu lib. VI tit. 2, desgl. zu L. 31 § 2 D. 19, 1. Ebenso Bartolus, Durantis, spec. jur. lib. IV tit. de causa poss. et propr. (II) § Nunc (5) No: 1—12. Vergl. die Klagformel bei Roßhirt, Dogmengeschichte S. 61.

3) L. 9 § 4 D. VI, 2. (Ulp.) u. L. 31 § 2 D. de A. E. V. (19, 1) (Neratius).

4) Gl. zu L. 31 cit.

5) Nur gelegentlich berührt Gaill die Publ. I obs. 62, No: 5. Voet sieht sich veranlaßt auszuführen, daß die Publ. noch im Gebrauch sei (VI, 2, No: 11).

6) Gobler, Rechtsspiegel Th. 6 S. 57. — Klagspiegel Th. I, de Public. — Lauterbach, Coll. Pand. VI, 2 § 6. — Berger, oecon. jur. lib. II. tit. 2. th. 34. — Hofacker, princ. § 970. — Glück 8, S. 323 flg. — Wernher IX. obs. 23 u. 79; II. obs. 399. — Schilter, Exerc. 16 § 67.

den Vortheilen des Besitzes zu zählen und das Princip der Klage im Sinne der Relativität des germanischen Eigenthumsschutzes allgemein dahin aussprach, sie sei gegen den begründet, der mit schwächerem Rechte besitze, eine Auffassung, die sich zwar noch heute allgemein findet, aber gewiß nicht echt römisch ist[7]). Die innere Quelle derselben ist im germanischen Recht, die äußere aber in der Glosse zum canonischen Recht zu suchen, wo es heißt: qui potiora jura habet, obtinere debet[8]). Der Satz wird dort in gewohnter Weise auf eine Stelle des römischen Rechts gegründet, in welcher zufällig und mit ganz spezieller Beziehung die Worte vorkommen: ei possessio acquiratur, qui potiora ex legitimis modis jura ostenderit[9]). Diese Lehre vom jus potius seu fortius, von welcher zuweilen ein sehr ausgedehnter Gebrauch gemacht worden[10]), ist nichts anderes, als der allgemeine Ausdruck des Princips der Relativität, welches Titius dahin ausspricht:

> probatio dominii difficilis est, si absolute spectetur, non vero si relate ad adversarium, satis enim est melius jus ostendere et haec probatio sufficit de aequitate; sed ex corruptione fori romani absoluta requiritur, quamquam sub actionis publicianae commento mox relatam admiserint, adeoque rem planam more suo reddiderint intricatam romani Jurisconsulti[11]).

Indeß blieb dieses bessere Recht für die Lehre von der Publiciana ohne weitere Folgen, da die gemeine Meinung in den einzelnen Fragen dem römischen Recht folgte. Einzelne gingen aber allerdings der Sache ernstlicher zu Leibe. So lehrt Kreittmayr, Kläger müsse allerdings einen Titel haben, aber titulus pro suo genüge und dieser bestehe nur in probabili opinione tituli, wohingegen mit dem bloßen titulo depos., commod. und

---

7) Oben § 4 Anm. 5 u. 6. S. auch Koch, Besitz, S. 296.

8) Gl. titulum und qui potiores zu c. 9 X de Probat. (2, 19).

9) L. 3 C. de ed. Hadr. toll. (6, 33).

10) Preuß. Landr. Einl. § 95.

11) Jus Priv. III, 7 § 14.

anderen dergleichen titulis dominium non translativis nicht auszulangen sei, Tradition müsse Kläger beweisen, conditio usucapiendi sei nicht erforderlich, keinenfalls aber dürfe die Possession facto proprio, vielmehr müsse sie zufälliger Weise verloren gegangen sein. Auch giebt er einige Regeln für Collisionsfälle, z. B. titulus mere lucrativus sei nicht so stark als onerosus, titulus generalis pro suo vel pro herede müsse dem titulus specialis weichen[12]). Wer erkennt hier nicht sofort das deutsche Petitorium in Gestalt der Publiciana! Auch an Stimmen, die sich in Betreff der Antinomie mit Entschiedenheit für die Meinung des Neratius ausgesprochen, hat es nicht gefehlt[13]). Es ist in der That zu verwundern, daß man nicht allgemeiner diese Richtung eingeschlagen hat. Dem titulus pro suo konnte mit Hülfe der L. 5 D. pro suo (41, 10) leicht eine solche Dehnbarkeit gegeben werden, daß der ältere Besitz bequem hineinschlüpfen konnte, aber der Grund, warum dies nicht geschehen, liegt auch nicht fern. Einerseits waren die Aussprüche des römischen Rechts über die Nothwendigkeit eines Titels zu bestimmt und andererseits war man einmal in der Vorstellung befangen, eine auf älteren Besitz gegründete Klage müsse ein Possessorium sein, während doch die Publiciana sicher eine petitorische Klage war. Erst die neuere Gesetzgebung, namentlich das preußische Landrecht, machte aus dem deutschen Petitorium und der Publiciana ein Rechtsinstitut besonders bemerkenswerth ist aber, daß schon die Statuten von Lucca (§ 37) unter Hinweis auf den Umstand, daß der Kläger durch eine arglistige Veräußerung um sein Recht gebracht werden könne und unter Aufhebung des römischen Rechts die Publiciana auf den Vorzug des älteren Besitzes basiren.

§ 35.

III. Fortdauer in der Hypothecaria actio.

Zu den Erfordernissen dieser Klage gehört, daß der Verpfänder zur Zeit der Verpfändung Eigenthümer der verpfän-

12) Anmerk. über den Cod. bavar. II. S. 194.

13) Spangenberg, Besitz § 154, 155. — Kritz, S. 111 flg.

deten Sache gewesen[1]). Der Kläger hat diesen Beweis jedenfalls dann zu führen, wenn die Klage gegen einen dritten Besitzer der Sache gerichtet wird. Schon das römische Recht gestattete aber auch dann die Klage, wenn der Verpfänder wenigstens s. g. prätorischer Eigenthümer gewesen war, natürlich aber nur gegen diejenigen, wider welche der Verpfänder die Publiciana hätte anstellen können[2]). Das moderne Recht mußte noch einen Schritt weiter gehen, es mußte dem Pfandgläubiger auch dann und soweit eine Klage geben, als der Verpfänder die dingliche Klage aus älterem Besitz mit Erfolg anstellen könnte. Schon die Glosse ließ die Klage in diesem Umfang zu und wußte die entgegenstehenden Aussprüche der Quellen auf verschiedene Weise zu umgehen. In der Glosse quasi zu § 7 I. de act. (4, 6) wurde zwar die act. hyp. Preis gegeben, dafür aber das Int. Salvianum benutzt:

> Sed quae est differentia inter Servian. act. et Salvian. Int., cum illud ad idem competere videatur? Resp.: quia in Serv. oportet, quod creditor probet debitorem fuisse dominum tempore obligationis, sed in Salviano sufficit, quod probet eum possedisse.

An zwei anderen Stellen[3]) aber verlegte man das germanische Element selbst in die hypothekarische Klage; das römische Recht wurde wegdisputirt theils durch die Annahme, daß da, wo der Beweis des Eigenthums verlangt werde, der Besitzer in mala fide gewesen, theils durch den Satz: illud de rigore, hoc de aequitate, theils endlich auf eine Weise, die den Worten der Quellen ganz zu entsprechen schien. Da nämlich öfter[4]) gesagt ist, der Kläger solle beweisen, rem in bonis ejus fuisse und da es in L. 49 D. de V. S. heißt: in bonis autem nostris com-

1) L. 23 D. de Probat. (22, 3).

2) L. 18 L. 21 § 1 D. de pign. (20, 1).

3) Gl. Pignoratitiae zu L. 5 C. si al. res (8, 16) und Gl. Pign. zu L. 41 D. de pign. act. (13, 7).

4) L. 15 § 1 D. de pign. (20, 1). L. 5 C. si al. res (8, 16).

putari sciendum est quae bona fide a nobis possideantur: so schienen die Quellen selbst jener Lehre das Wort zu reden.

Es versteht sich, daß Bartolus den eingeschlagenen Weg verfolgte, wobei er etwaigen Einwürfen dadurch zu begegnen suchte, daß er sich möglichst allgemein aussprach. Er hält nämlich für die hypothekarische Klage das römische Recht im Wesentlichen fest, läßt aber ein utile interdictum zu, ohne sich darüber auszusprechen, ob das Salvianum gemeint sei. Nam si debitor, sagt er, possidebat et perdidit possessionem, ipse posset eam avocare aliquo interdicto: ergo et creditor, unde sufficeret probare debitorem possidere [5]).

Daß die Praktiker diese Lehre annahmen, ist um so natürlicher, als mehrere italienische Stadtrechte sie sanctionirt hatten (§ 37 No: 3 u. 4) [6]).

Auch in Deutschland fand diese Praxis lebhafte Anerkennung, theils so, daß man sich bei der hypothekarischen Klage selbst mit dem Nachweise des Besitzes begnügte, theils auch so, daß man ein Interd. Salvianum utile annahm [7]), insbesondere bezeugt Gaill, daß das Kammergericht den Nachweis des Eigenthums nicht verlangt habe und noch Puchta hält es für nöthig, gegen jene Praxis zu eifern [8]). Viele schränkten den Satz ein auf den Fall, daß der dritte Besitzer die Sache vom Schuldner hat [9]) und in dieser Einschränkung findet sich derselbe noch in den neuesten Lehrbüchern [10]).

5) Zu L. 41 D. de pign. act. (13, 7) No: 8.u. 9.

6) Alex. Tart. II, 138; VI, 115. — Paul. Castr. II, 168, No: 1. — Mascard, de Probat., c. 537, No: 13 flg. Weitere Citate s. bei den in den folgenden Noten cit. Schriftstellern.

7) Gaill, II. obs. 26; ders. im lib. de Pignorat. IV, 6. — Jac. Curtius, Quaestion. III, c. 39. — Brunnemann ad L. 15 D. 20, 1. — Mevius, V dec. 93. — Wernher, p. II, obs. 477; vergl. mit 484. — Schilter, Exerc. 33 § 25 i. f. — Fleck, p. 101. — Doch fehlte es natürlich nicht an Gegnern.

8) Vorlesungen § 217 a. E.

9) Glück, XVIII, § 1085, S. 388.

10) Seuffert, Pand. R. § 220. —

IV. Fortdauer im geschriebenen Recht.

§ 36.

1. Vorbemerkungen.

Nachdem bisher gezeigt worden, in welcher Weise und unter welchen Formen Theorie und Praxis die dingliche Klage des deutschen Rechts beibehalten und umgebildet haben, ist jetzt die Aufgabe, durch eine Reihe von Zeugnissen darzulegen, daß die Gesetzgebung denselben Weg gegangen ist. Theorie, Praxis und Gesetzgebung sind zwar an sich am besten in gleichzeitiger geschichtlicher Darstellung vorzuführen, indeß mußte für das vorliegende Thema eine getrennte Behandlung gewählt werden, weil die Gesetzgebung meist direct auftritt, während Lehre und Gerichtsgebrauch, wie wir gesehen haben, der Verhüllung und Anlehnung an anderweite Rechtsinstitutionen sich bedienen mußten; es würde in vielen Fällen unmöglich sein, die Ausflüsse der Gesetzgebung an das Ordinarium, die Spolienklage oder ein anderes benanntes Rechtsmittel anzuschließen. Grade um dieses unverhüllten Auftretens willen nimmt aber auch das Statut in der hier behandelten Lehre eine doppelt wichtige Stellung ein, indem der Rechtssatz weit reiner und unverfälschter sich darstellt. Das canonische Recht ist in die Geschichte des ungeschriebenen Rechts, mit dem es im unzertrennlichen Zusammenhange steht, verwebt worden, während andererseits die folgenden Mittheilungen manche Stücke der Particularrechte, welche nicht auf einem Statut beruhen, mit umfassen.

Denjenigen hier vorzuführenden Gesetzen und Statuten, welche dem Particularrecht angehören, ist man jede formelle Bedeutung für das gemeine Recht abzusprechen befugt, anders aber steht die Sache in materieller und geschichtlicher Beziehung. Sie sind Zeugnisse der modernen Rechtsentwicklung, wie sie nicht beredter gefunden werden können und unterstützen das in den bisherigen Untersuchungen für das gemeine Recht gewonnene Resultat auf das Wesentlichste. Grade für den hier behan-

delten Gegenstand sind sie von besonderer Wichtigkeit, weil aus der Aufnahme der Klage in die Particularrechte sich ersehen läßt, daß dieselbe in der That auf einem praktischen Bedürfniß beruht.

In diesem Sinne ist die nachfolgende Zusammenstellung, obwohl sie den größten Theil des Materials den Particularrechten entlehnt, gemeinrechtlich von Bedeutung. In diesem Sinne kommt es aber nicht sowohl darauf an, in welchen Punkten das Particularrecht vom gemeinen Recht abweicht, als darauf, in welchen es mit demselben übereinstimmt. In diesem Sinne endlich haben alle auf germanischer Grundlage beruhenden Rechte, mögen sie noch heute gültig sein, oder nicht, gleichen Werth: die Statuten von Brescia wie das preußische Landrecht, der Code Napoleon wie das Recht der Grafschaft Henneberg.

Je reiner sich in dem Particularrecht die deutsche Klage vorfindet, um so größer ist natürlich die geschichtliche Bedeutung desselben und dies gilt hauptsächlich von den älteren Statuten. Je mehr aber im Verlaufe der Zeit die Lehre und der Gebrauch bis zur Unkenntlichkeit sich verwischen, desto schwächer sind, wie sich voraussehen läßt, die Aussprüche der Gesetzgebung. Gleichwohl werden auch diese unvollkommenen Kundgebungen hier ihren Platz finden müssen, da jede, auch noch so eingeengte Bevorzugung des älteren Besitzes ihre Wurzel in germanischer Rechtsanschauung hat und somit Zeugniß für die Fortdauer des deutschen Rechtsgedankens ablegt.

In der Anordnung sind die italienischen Statuten an die Spitze gestellt, weil sie sich am unmittelbarsten an die gemeinrechtliche Lehre anschließen und mit derselben in unzweifelhafter Wechselwirkung gestanden haben.

§ 37.

2. Italienische Statuten des Mittelalters.

Es werden uns hier mit einer Ausnahme nur die italienischen Stadtrechte des Mittelalters beschäftigen, deren Bedeutung

unter Hinweis auf Briegleb schon im § 17 hervorgehoben ist. Die ältesten Ausarbeitungen derselben fallen in die Zeit der Glossatoren und ihrer Nachfolger, ja sie sind zum Theil von diesen selbst verfaßt, so datirt die Vorrede zu den Statuten der Stadt Pisa, welche augenscheinlich ein gelehrter Jurist verfaßt hat, vom Jahr 1161, wie wir andererseits wissen, daß die Statuten der Stadt Pavia von Baldus verfaßt oder wenigstens revidirt sind. Demzufolge enthalten denn diese Stadtrechte nicht nur viel römisches Recht, sondern es wird auch nicht selten, wie z. B. in der erwähnten Vorrede ausdrücklich erklärt, daß die Stadt nach römischem Recht lebe. Um so bedeutungsvoller ist es, wenn wir in diesen Statuten germanisches Recht in erheblichem Umfange finden. Daß dies der Fall gewesen sein möge, hat schon Savigny anerkannt[1]), noch entschiedener ist es demnächst von Briegleb[2]) hervorgehoben und nachgewiesen; die Vorrede zu den Pisaner Statuten erwähnt neben dem römischen Recht ausdrücklich des longobardischen Rechts sowie ungeschriebener Gewohnheiten und die folgenden Auszüge werden dies bekräftigen. Grade diese Verarbeitung beider Elemente — der Mischung der Einwohnerschaft entsprechend und bei dem System der persönlichen Rechte im engen Raume einer Stadt dringendes Bedürfniß — verleiht jenen Stadtrechten eine um so größere Bedeutung, als sie das erste Product jener eigenthümlichen Thätigkeit sind, welcher das moderne Recht überhaupt seine Entstehung verdankt. Die gelehrten Juristen, welche diese Statuten aus der Praxis sehr wohl kannten, wußten ihre Bedeutung entschieden zu würdigen. Schon die Glossatoren behandeln die Statuten als Rechtsquelle neben den Digesten u. s. w.[3]), die Commentatoren citiren[4]) sie ungemein häufig und fühlen alsbald, denn fast jede Stadt versah sich mit einem beson-

1) Gesch. d. r. R. i. M. A. III. S. 473.

2) Vergl. auch: Hegel, Gesch. d. Städteverf. v. Italien, 1847 und Merkel, Gesch. des Longobardenrechts, 1850.

3) Savigny, Gesch. d. r. R. i. M. A. III, 388.

4) Noch Menochi thut dies, vergl. das Repert. s. v. statuta.

deren Stadtrecht, das Bedürfniß einer Zusammenstellung, aus welchem dann die verschiedenen tractatus u. libri de statutis sowie die quaestiones statutorum hervorgegangen sind. Alles dieses dient zum Beweise, daß — und darauf kommt es hier hauptsächlich an — daß die folgenden Auszüge nicht als vereinzelte und willkührliche Einfälle dieses oder jenen Stadtregiments, sondern als ein lebendiges Glied des gesammten Rechtskörpers und in dem oben angegebenen Sinne als Quelle des gemeinen Rechts anzusehen sind.

1. Pisa.

Die höchst merkwürdigen Statuten von Pisa werden gegenwärtig von Bonaini herausgegeben[5]), gleichwohl sind die Auszüge der in der Berliner Bibliothek befindlichen, von der Akademie veranstalteten Abschrift[6]) entnommen, weil Bonaini in dem bis jetzt erschienenen 1. Bande noch nicht weit genug vorgeschritten ist. Das Vorwort zu den Statuten ist, wie bereits erwähnt, von 1161 datirt, der Inhalt zerfällt in eine doppelte Reihe: constituta usus und constituta legis Pisanae civitatis. In dem Abschnitt: de possessionibus injuste ablatis vel invasis (fol. 199ᵛ) kommt unter der Überschrift: Commune legis et usus fol. 203ᵛ folgendes vor:

Novum malum et bonis hominibus ut credimus inopinatum resecare cupimus. Quidam enim possessionem rerum habentes, quas per rationem ab adversario suo credere debent se defendere non posse. callida machinatione judicia deluserunt. Cum enim possessiones violentas vel alio modo injustas haberent, vel quas per contumaciae sententiam vel diffinitivam restituere deberent. illas in detrimentum alterius partis

5) Statuta inediti della Città di Pisa dal XII al XIV Sec. Firenze 1854. Vol. I.

6) Savigny, Gesch. III, 474. — Raumer, über einen ungedruckten Codex Pisan. Stadtgesetze, in d. Abh. der Berl. Akad.; hist.-philol. Kl. 1827. Berlin 1830. — Hegel, Gesch. der Städteverf. v. Italien (1847) II, S. 216, 223. —

in alios transtulerunt vel eas dereliquerunt ut aliis aperiretur locus eas detinere. sive etiam illas vi amiserunt. et hoc modo delusi illi qui eas possessiones recuperare vel habere debeant: nullo jure eas habere potuerunt. quod nos ne de cetero contingat providentes constituimus, talem possessionem etiamsi per multas iverint manus apud quemcunque inveniantur ei qui taliter delusus est restitui debere. nisi apud quem inveniantur nesciens fraudem titulo emptionis vel alio justo non tamen lucrativo ut donatione possideat; qui enim dono habuerit, quamvis fraudem nesciat, possessionem restituat, salva proprietatis quaestione in ea curia unde esse videbitur[7]).

Und weiter fol. 205v.

Hac saluberrima constitutione sancimus quod si aliquis fuerit possessor alicuius fundi vel domus vel rei mobilis aliquo tempore prius illo qui nunc invenitur in possessione licet non probetur, quod vi vel clam vel precario possideat ab adversario tamen in possessione recuperanda semper potior sit prior possessor. nisi secundus possessor habuerit causam a primo possessore vel nisi decennio in re immobili et triennio in mobili quiete possessor secundus possederit predicta praescriptione — — contra minorem vel absentem . . . minime currente.

Die mangelhafte Interpunction des Textes ist hier beibehalten, weil Grandi, der die letztere Stelle mittheilt[8]), offenbar unrichtig nach possideat ein Komma hat, das nach adversario hingehört. Die Berliner Abschrift hat gar kein Zeichen an jener Stelle.

---

7) cf. Bonaini, p. 201: qui justior est in possessione, ille defendatur, nec prosit ei qui est antiquior in possessione si alius potior est jure et justior in possessione. Et intelligatur potior et justior, qui est potior in obligatione

8) Epistola de Pandectis. Flor. 1727. p. 223, nach ihm Savigny, Besitz § 41 a. E.

2. Brescia[9]).

Statuta civilia: de antiquiori possessione rei immobilis 98.

Si quis probet rem immobilem se possedisse et eam petat ab eo, qui habeat juniorem possessionem, licet titulatam[10]), se petente[11]), condemnetur possessor junior antiquiori possessori petenti: ita quod ille petitor, qui fuerit antiquior possessor, dominus praesumatur, nisi contrarium probetur, salvo statuto de praescriptionibus. Ita tamen. quod quilibet possessor rei immobilis habens titulum et bonam fidem in omni casu evictionis seu relaxationis ipsius rei non teneatur nec compelli possit ad ejusdem rei restitutionem sive relaxationem, nisi prius sibi refectis melioramentis utilibus vel necessariis per ipsum factis in ipsa re et nulla facta ratione seu compensatione cum fructibus seu fictis perceptis ex ipsis melioramentis.

Die Stat. civ. mit 232 Kapiteln bilden den zweiten Theil des Ganzen, welches aus 4 Theilen besteht, und liegen in einer Redaction v. J. 1475 vor. Aus dem dritten Theil: Statuta criminalia, 237 Kapitel, publicirt 1483, noch folgende Stelle:

de vi molestativa, turbativa vel inquietativa possessionis. 152.

. . . Et intelligatur molestare vel turbare etiam si ille . .

---

9) Die Statuten von Brescia sind bereits gedruckt, aber in Deutschland höchst selten, auf den Bibliotheken von Berlin, Göttingen, Halle, Leipzig u. München existirt das Buch wenigstens nicht, dagegen besitzt Herr Professor Briegleb ein Exemplar mit dem Titel: Leges Brixianae s. l. et a., ohne Blattzahlen, in folio. Nach Lipenius giebt es anscheinend noch eine neuere Ausgabe: Angeli Britannici Statuta Brixiae. Brix. 1508. Fol. Den Auszug verdanke ich der gütigen Mittheilung des Herrn Professor Briegleb.

10) „Possessorem licet titulata", wie es in der erwähnten Ausgabe heißt, ist offenbar falsch. cf. Menochi, der überhaupt diese Statuten viel citirt, in retin. poss. III, 732.

11) Se petente d. h.: wenn er klagt, eine öfter vorkommende Wendung.

dixerit vel praetenderit rem vel jus aut possessionem ut supra ad se spectare vel pertinere.

3. Lucca.

Lucensis civitatis statuta nuperrime castigata. Luccae 1539[12]).

Lib. I. cap. 140. de eo, quod in Publiciana et hypothecaria habens antiquiorem possessionem cum titulo praeferatur.

Cum interdum ille, qui publiciana seu hypothecaria conveniri suspicatur, quaerit titulum rei possessae et sic ab alio acquirit in fraudem actoris, ut sic in habentibus titulum a diversis, sit potior conditio possidentis. Idcirco volentes fraudibus et malitiis obviare, Statuimus, quod melior sit causa ejus, qui probaverit, se vel authorem suum habuisse antiquiorem possessionem et titulum, non obstante posteriori titulo alteri acquisito, nisi habens titulum ultimo loco quaesitum probaverit possessionem habuisse per traditionem sibi factam ante possessionem habentis titulum antiquiorem, qui autem dominium probaverit ad se pertinere, omnibus habentibus titulum praeferatur. In fraudem vero quaesitus titulus praesumatur in favorem habentis titulum antiquiorem licet possessionem antiquiorem non habeat, si conventus publ. seu hyp. habens possessionem, etiam antiquiorem reperiatur titulum acquisivisse, postquam conventus fuerit, vel eo saltem tempore, quo conveniri de proximo sperabatur, licet aliter de fraude non constet, quo casu talis titulus minime sibi prosit.

4. Padua.

Statuta Patavina noviter impressa . . per Barth. Abborario. Venet. 1528. (Berliner Bibl.)[13]).

---

12) Vergl. Briegleb, Exek. Proz. II, S. 262.

13) Vergl. Briegleb, S. 189, dem diese Ausgabe nicht bekannt gewesen zu sein scheint.

Rubr. IV. Stat. v. J. 1420. fol. 13.

Creditores et habentes causam ab eis habeant electionem convenire debitorem suum vel possessores pignoris seu hypothecae . . . . in casu, quo agatur contra possessorem causam habentem a debitore mediate vel immediate sufficiat creditori probare, debitorem suum bona fide possedisse tempore obligationis . . . Si vero fuerit extraneus possessor non habens causam a debitore, sufficit creditori probare, debitorem suum nomine suo possedisse tempore obligationis et ante vel post per X annos continue.

5. Pavia.

Statuta civitatis Papiae mit Annotat. von Fl. Torti. 1617 (Berl. Bibl.).

Die Statuten sind von Baldus verfaßt oder revidirt[14]), und werden ebenfalls, namentlich von Menochi fleißig citirt.

Rubr. 54. de possessione violenta vel clandestina restituenda.

Debet judex . . . . facere restitui ipsam possessionem ipsius rei immobilis personae expulsae, vel clandestinam occupationem possessionis passae vel ejus heredibus.

Daß diese Bestimmung im weitesten Sinne interpretirt wurde, lehrt Torti, Annot. 13: intentantem . . duo copulative probare debere: primo antiquiorem suam possessionem et sic quod ante spoliationem possideret, secundo novam possessionem conventi . . . haec enim solum volui scribere ad faciliorem intelligentiam.

Rubr. 57.

Item statuimus, quod ex possessione praesumatur dominium, donec contrarium probetur. Daß dies Statut wesentlich zu Gunsten des ehemaligen Besitzes gedeutet wurde, zeigen Alciat und Menochi[15]).

14) Savigny, Gesch. VI, S. 201. — Menochi, de recup. poss. IX, 343.

15) Alciat, Respons. 395, No: 2. — Menochi, de Praesumt. VI. pr. 63, No: 11. — Vergl. auch Mascard, de Probat. concl. 1328, No: 10. —

6. Bologna.

Statut. Inclytae civitatis Bononiae, cum scholiis D. Annibalis. Bon. 1561 (Berl. Bibl.).

Lib. II. de Sequestrationibus § et si duo:

Et si duo vel plures se possidere asserentes . . concurrant, praeferatur, qui circa possessionem pleniorem fecerit probationem. Verbunden mit der Anmerkung: vel quando unus probavit ab antiquiori possessione, quia secunda praesumitur clandestina.

In den von Muratori[16]) mitgetheilten und in den Statuten der Turiner Sammlung[17]) habe ich nichts hierher Gehöriges gefunden.

7. Neapel und Sicilien.

Kaiser Friedrich II. erließ für Neapel und Sicilien folgendes merkwürdige Gesetz:

Circa violentiarum poenas, eas patientibus satis credimus constitutionibus praedecessorum nostrorum et nostris esse provisum, quodam juris rigore circa destitutores violentos inducto, quod destituto contra destituentem tantum vel ejus heredes restituendae possessionis beneficio succurrebat. Nec contra eum in quem ab ipso violento vel ejus heredibus transferebatur possessio, ad recuperandam eandem aliquod remedium inducebat: Imperiali providentia lenire volentes: atque ipsius juris defectum congruo et necessario supplemento supplere disponimus. Per violentiam destitutum non ut olim provisione carere, sed electionem habere, utrum ipsum destituentem vel ejus heredes, si possessionem in alium transtulit, ad interesse convenire, prout praedicto jure cavetur: vel detentorem, qui ab ejectore causam habet, per quascunque manus possessio ambulaverit, sive sciens,

---

16) Antiquitates Italicae med. aev. Med. 1738—42. 6 tom.

17) Monumenta historiae patriae. tom. I. Leges Municipales. Aug. Taurin. 1838.

sive ignorans fuerit, possessionem recuperare velit amissam, condictione ex lege praesenti, ad recuperandam possessionem ipsam indulta. Saepe enim contingebat, ut qui a possessione cadebat, dum vel probationes de dominio non habebat: vel cum dejector erat forsitan non solvendo, omni remedio se inveniebat exclusum[18]).

Schon Bruns[19]) hat auf dieses Gesetz und auf den Umstand hingewiesen, daß dasselbe in den Motiven und sogar zum Theil in den Worten eine nicht zu verkennende Verwandtschaft mit dem nicht lange zuvor erlassenen c. 18 X de rest. spol. [II, 13] von Innocenz III. verräth, während es andererseits die Klage nicht bloß, wie Innocenz mit Einschränkungen, sondern unbedingt gegen den dritten Besitzer zuläßt. Bruns hat ferner hervorgehoben, daß die Anwendung des Gesetzes durch die Klage aus dem c. Redintegranda bald fast ganz verdrängt sei[20]). Der von ihm angeführte Grund, daß die Gesetze Friedrich's II. unter der späteren Herrschaft überhaupt in Mißachtung gekommen, ist zwar ohne Zweifel an sich ausreichend, indeß ist auch noch zu beachten, daß die Klage des gemeinen Rechts nicht nur einer dogmatischen Durchbildung sich erfreute, sondern auch in den Bedingungen noch mehr erleichtert war und sich deshalb für den Praktiker mehr empfahl. —

Das Ergebniß ist nun Folgendes. Die italienischen Staaten und Stadtrepubliken ließen — augenscheinlich nicht neu schaffend, sondern die germanische Gewohnheit erhaltend — eine Klage zu, welche der ehemalige Besitzer bloß um seines älteren Besitzes willen[21]) (Pisa, Brescia, Pavia) oder wenigstens,

---

18) Constitut. regni Siciliarum. Neap. 1773. I, 26. —

19) S. 249, 258.

20) Maranta beruft sich noch auf das Gesetz († 1530). Spec. aur. p. IV. jud. VII. dest. No: 61. — Menochi citirt es nach Maranta, in rec. poss. I, 151 u. XV, 94. —

21) Vergl. auch Lanfrancus de Oriano, Repet. Rubr. de causa poss. § quarta concl., wo er berichtet, daß die Praxis in Cremona dieselbe gewesen.

wenn er den Besitz wider Willen verloren hatte (Neapel) gegen den gegenwärtigen Besitzer auf Herausgabe der Sache anstellen konnte. Der dingliche Karacter dieser Klage erhellt theils aus der Zulassung gegen den dritten Besitzer, theils wird er durch die Motivirung angedeutet (Neapel), theils endlich ergiebt er sich aus der Behandlung der Einreden; die Einrede des Eigenthums wird zugelassen (Pisa, Brescia, Lucca), die Einrede des Titels wird theils zugelassen (Pisa) theils verworfen (Brescia, Neapel), über Collisionen zwischen dem Alter des Titels und des Besitzes werden spezielle Vorschriften gegeben (Lucca und Pisa). Außerdem kommen vor: die Vermuthung des Eigenthums aus früherem Besitz (Brescia, Pavia), die Vermuthung gegen den gegenwärtigen Besitzer (Bologna), die Störung durch bloßen Widerspruch (Brescia), und endlich die Ausdehnung des Princips auf die Pfandklage (Lucca, Padua). Über die s. g. possessio civilissima vergl. oben § 19 z. E. und unten § 59 Anm. 17.

§ 38.

3. Die Carolina.

Die Peinliche Halsgerichts-Ordnung Kaiser Karls V. enthält recht wichtige Bestimmungen civilistischen Inhalts, welche, wie schon Zöpfl S. 205 bemerkt hat, unverdienter Weise ganz in Vergessenheit gerathen sind und auf welche hier um so ausführlicher einzugehen ist, als sie in der hier behandelten Lehre einen gesetzlichen Anhalt gewähren[1]).

Die wichtigste dieser Bestimmungen, der Art. 208 lautet:

> Bewise aber eyn kleger inn obgemeltem fall der ansprüchigen hab halben, die eygenschafft gnugsam, vnd kündt doch dabei nit beweisen, daß jm die durch raub oder diebstall, entwent worden wer, vnnd die antwurten möchten dargegen zu recht gnug nit darbringen, daß die selbig kriegisch habe,

1) Auch hierauf weist Zöpfl hin, S. 205.

mit gutem rechtmessigem tittel, von dem kleger bracht vnd an sie kommen wer, so soll dem kleger auff sein betewrung mit dem eyde (daß im solche gütter geraubt oder gestolen worden seien) geglaubt werden, vnd im die selben abermals inn massen, als obsteht darauff volgen[2]).

Der Artikel hat mannichfache Erklärungen erfahren, bis dann zuletzt Samuel Böhmer aufrichtig gesteht, daß er ihn nicht verstehe und sich nur wundere, wie seine Vorgänger das Auffallende desselben nicht bemerkt hätten[3]). Nachdem jetzt durch Zöpfl die Quelle der Carolina, das alte Bamberger Recht, an das Tageslicht getreten, ist es klar geworden, daß nicht das römische, sondern das ältere deutsche Recht dem Artikel zu Grunde liegt und daß wir nur von hier aus ein richtiges Verständniß gewinnen können[4]). Aber auch auf diesem Standpunkt bedarf die Stelle einer umständlichen Erklärung.

Zunächst ist darzuthun, daß der Artikel wirklich von der

2) Nach der Ausg. Jena 1826. Fast wörtlich ebenso lauten die § 268 der Bamberger u. Brandenburger H. G. O. Gobler's Übersetzung von 1543 lautet: Jam et actor si in praedicto casu accusatorum bonorum occasione probaret proprietatem sufficienter neque simul tamen probare posset, ea sibi rapto furtove ablata esse, nec respondentes prout de jure satis contra possent probare, ea ipsa litigiosa actoris bona justo et legitimo titulo sibi acquisita esse, actori quidem mediante suo juramento ejusmodi bona sibi praedatione furtove ablata esse adfirmanti credatur, eaque modo praedicto sibi restituantur. — Die Paraphrase des Remus († 1625) lautet: Quod si vero Primus, eadem quae jam exposita est hypothesi constituta, rei litigiosae dominium recte probaverit, probare autem rem sibi furto raptove ablatam non possit: Contra Secundus, et (si quis sit) Tertius, qui duo in necem Primi litem inter se jungunt, rem de qua litigatur, a Primo ante alienatam esse, et legitimo, justo, legibusque concesso titulo acquisitam sese possedisse in judicio probare non possint: Ea via tenenda est, ut Primo jusjurandum deferatur, quo rem sibi furto aut rapina ademptam juret: et jurantis fidem judicantis relligio tunc tuto sequetur; quo praestito res, refusis in rem sumptibus necessariis factis, Primo addicenda et restituenda erit. (Gobleri interpret. C. C. C. et Remi Nemesis C. ed. Abegg. 1837.)

3) Medit. in C. C. C. 1770, ad h. a § 1.

4) Zöpfl, S. 205.

Civilklage des Bestohlenen oder Beraubten spricht. Manche haben nämlich geglaubt, und namentlich scheint Böhmer dies anzunehmen, daß es sich nur um Anweisungen an den Kriminalrichter handle betreffend die Rückgabe der in seiner Verwahrung befindlichen Überführungsstücke besonders für den Fall, daß mehrere Prätendenten sich melden. Daß nun dergleichen Anweisungen in den Artikeln 207 u. folg. ebenfalls enthalten sind, soll nicht geleugnet werden, ebenso gewiß ist es aber auch, daß zugleich Bestimmungen gegeben sind, an die sich der Richter zu halten hat, wenn der Bestohlene gegen den Besitzer auf Rückgabe der Sache klagt, wobei es denn civilrechtlich gleichgültig ist, ob der Kriminalrichter die Sache in Verwahrung genommen oder dem, bei welchem die Sache gefunden worden, belassen hat, da der Richter auch im ersteren Fall nur Verwalter fremden Besitzes ist. Der vorhergehende Artikel 207 unterscheidet ausdrücklich die beiden Fälle, da ein Antworter vorhanden ist, und da keiner vorhanden ist[5]) und der Art. 208 bezieht sich auf den ersteren Fall, da er möglicher Einreden des Antworters gedenkt. Dazu kommt, daß die Artikel 207—214 mehrfache anderweite Regeln enthalten, die nur unter der Voraussetzung eines bürgerlichen Rechtsstreites Anwendung finden können oder wenigstens bestimmt darauf hinweisen. Der Art. 207 nimmt an, daß jemand da sei, „der rechtlich darzu klagen will“ und ein „antwurter, so solche hab inn rechten vertretten will“[6]), und verweist die Entscheidung vor den Civilrichter; wenn dabei angenommen zu sein scheint, daß eigentlich der Kriminalrichter mit der Sache befaßt sei, so muß man bedenken, daß die Klage auf Rückgabe der Sache mit der Kriminalanklage im Wege des Adhäsionsprozesses verbunden zu werden pflegte; der Artikel spricht ferner

---

5) Art. 207, Abs. 1 setzt den Fall, daß kein Dieb ermittelt ist, dann genügt Bescheinigung des Diebstahls oder Raubes. „So sich aber derhalb irrung hielt“ — hiermit beginnt das reine Civilrecht.

6) Gobler übersetzt: actor — respondens. — Remus: Primus — Secundus (qui in jure respondet).

davon, was der Kläger zu beweisen habe und was der Beklagte, jenachdem er in gutem oder schlechtem Glauben ist, zu leisten, namentlich ob er Futterkosten zu erstatten habe, verlangt auch von beiden Theilen Prozeßcautionen. Der Art. 209 spricht von der Ersitzung gestohlener oder geraubter Sachen. Der Art. 213 erörtert die Frage, ob der Besitzer Erstattung des von ihm gezahlten Kaufpreises verlangen könne und berührt wieder die Futterkosten. Demnach kann es keinen Augenblick auffallen, wenn auch der Artikel 208 Civilrecht enthält, zumal die Artikel 207—214 als ein zusammenhängendes Ganze eine gemeinsame Überschrift führen[7]). Es ist also zuverlässig von der Civilklage des Bestohlenen die Rede, aber nicht etwa bloß von der Klage gegen den Dieb, sondern auch von der Klage gegen den dritten Besitzer, denn Art. 207 setzt den Fall, daß der Beklagte „unwissent des vnrechten herkommens die gemelten verlustigen hab an sich bracht hat", der Art. 208 spricht von der Einrede des rechtlichen Erwerbes, der Art. 209 von der Einrede der Ersitzung und der Art. 213 von dem Anspruch des Besitzers auf Erstattung des von ihm gezahlten Kaufpreises.

So haben denn auch die älteren Commentatoren die Sache aufgefaßt. Kreß[8]) nennt den Beklagten des Art. 208: possessor rei furtivae und bemerkt in Ansehung der dort beschriebenen Klage: contra tertium quoque, qui post furtum rem bona fide nactus est, admittitur. Meckbach[9]) aber sagt: „der casus ist dieser: es kommt einer und nimmt bei einem eine Sache, auch wohl, die in Gerichten in Verwahrung gebrachte

---

7) Von gestolner oder geraubter hab, so inn die gericht kompt. Gobler: de bonis furto ablatis, quae in judicio veniunt. Remus: si res furtivae aut vi raptae — in judicium veniunt. Zuweilen hat Art. 208 eine besondere Überschrift: „daß die geraubte oder gestohlene güter dem herrn wieder zugestellet werden. Remus: ut res litigiosa domino restituatur.

8) Commentatio in C. C. C. 1736.

9) Anmerkungen über die P. H. G. O. 1756.

Sache als ihm gestohlen in Anspruch, der Antworter oder Richter will ihm nicht die Sache ausantworten."

Daß in einem Strafgesetzbuch die Theorie einer Civilklage vorgetragen wird, ist uns gegenwärtig zwar auffallend aber durchaus im Geist der älteren deutschen Rechtsquellen und namentlich des alten Bamberger Rechts [10]), erklärt sich überdies aus der allgemeinen Üblichkeit des Adhäsionsprozesses [11]).

Fassen wir nun den Inhalt dieses Klagerechts näher ins Auge, so zeigt sich, daß dasselbe bedingt ist: 1) durch den Beweis des Eigenthums und 2) durch den Beweis des Diebstahls oder Raubes. Das römische Recht kennt eine solche Klage nicht, denn die condictio furtiva ist keine dingliche Klage und die Vindication oder Publiciana beruhet nicht auf dem Nachweis des unrechtmäßigen Besitzverlustes. Schon dieser Umstand nöthigt uns zu der Annahme, daß die Carolina die dingliche Klage des deutschen Rechts meint, dies ergiebt sich aber auch daraus, daß fast alle Quellen des germanischen Rechts und insbesondere das alte Bamberger Recht ihre dingliche Klage genau so beschreiben, wie wir sie in der Carolina wieder finden [12]). Denn mit einer geringen Veränderung des Ausdrucks läßt sich der Inhalt des Artikels so wiedergeben:

1) Vermag der Kläger mit Zeugen zu beweisen, daß die Sache sein sei, so kann er durch seinen alleinigen Eid darthun, daß ihm die Sache gestohlen oder geraubt worden.

2) Der Beklagte ist jedoch näher zu dem Beweise, daß er die Sache rechtmäßig vom Kläger erworben hat.

Hierzu nehme man noch

3) die Bestimmung des Art. 207, daß der Beklagte in Ansehung seines guten Glaubens näher zum Eide ist, und man

---

10) Tit. XIII. Zöpfl, S. 33.

11) Art. 198 § ult.; 201, 207 u. 208 der Carolina.

12) § 110 des Bamb. R.; vergl. oben S. 43. S. auch Kl. Kaiserrecht II, 90, welche ihr Gut vom Besitzer wider heischen, sullen auch furbringen mit des keisers recht, daz ez ir si gewest un si in abhendig worden.

hat ein deutliches Bild der Diebstahlsklage des älteren deutschen Rechts. Insbesondere ist hinsichtlich des ersten Satzes an das Hamburger Recht zu erinnern:

> schal tügen mit güden luden, dat dat gut syn sy, unde sweren allene, dat it eme afgerovet ofte afgestolen sy [13]).

Zum zweiten Satze ist zu vergleichen Sächs. Ldr. III, 4 § 1:

> unde besakt he der köpinge oder der gift, jene, die sie under ime hevet, mut sie selve dridde wol behalden der die't sagen, s. oben § 8, No: 6.

Zum dritten Satze aber Sächs. Ldr. II, 36 § 5:

> unde tiet man ime düves oder roves dar an, des mut he sik untscüldegen na rechte, s. oben § 8 vor No: 6.

In prozessualischer Beziehung aber nehmen wir eine merkwürdige Übergangsstufe wahr, eine Mischung der germanischen Eidestheorie und der modernen Beweisführung. So ist denn wohl auf das bündigste bewiesen, daß es die dingliche Klage des deutschen Rechts ist, von der das Gesetzbuch handelt.

Aber hiermit ist die Aufgabe, welche der Art. 208 darbietet, noch nicht gelöst, wir müssen uns auch darüber Rechenschaft ablegen, wie sich dieser Artikel zu dem Ergebniß verhält, welches gemeinrechtliche Theorie und Praxis der dinglichen Klage des deutschen Rechts bisher geliefert haben. Es scheint hier ein erheblicher Widerspruch obzuwalten, denn die ganze bisherige Ausführung hat gezeigt, daß der Beweis des ehemaligen Besitzes genügt, während hier Beweis des Eigenthums verlangt wird. Dieser anscheinende Widerspruch verschwindet jedoch, wenn man den Sprachgebrauch der damaligen Zeit erwägt. In älteren deutschen Rechtsquellen werden Beweis des Eigenthums und Beweis des ehemaligen Besitzes gradezu einander gleichgestellt. So wird im Görlitzer Rechtsbuch (Homeyer, 47 § 10) abwechselnd gebraucht: geziugin daz daz gut sin were und daz er iz verlorn habe. Ebendahin

13) Stadtr. v. 1276, XII, 5. — Stat. Stad. XI, 5; Rigens. 148. (Puf. I, p. 225 u. III, p. 269.)

ist zu ziehen, wenn gesagt wird, der Kläger solle Zeugen bringen, die wissen, daß die Sache sein sei[14]), denn das Vorhandensein des Eigenthums im juristischen Sinne kann nicht füglich Gegenstand einer Zeugenaussage sein. Nach dem Zusammenstoß beider Rechte statuirte man die Präsumtion des Eigenthums aus ehemaligem Besitze und entwickelte das Princip der Relativität, nach welchem, wenn der Beklagte sich lediglich auf seinen gegenwärtigen Besitz stützt, der Beweis des ehemaligen Besitzes den Beweis des Eigenthums ersetzt. Nur in diesem Sinne ist in dem Art. 208 vom Beweise des Eigenthums die Rede. Schon die Terminologie der Carolina weist auf diese Relativität hin: der Kläger soll „die eygenschafft gnugsam" beweisen. Ein genugsamer Beweis des Eigenthums aber kann schon im Besitze liegen. Dazu kommt, daß vom Kläger außerdem noch der Beweis der Entwendung verlangt wird[15]). Es wäre in der That, wie man Böhmer[16]) zugestehen muß, unverständig, dem Kläger, welcher sein Eigenthum im strengen Sinne des römischen Rechts bewiesen hat, noch den Beweis der Entwendung abzuverlangen. Niemand würde zu einer solchen Klage greifen, die die Schwierigkeiten so unnöthig häuft und es wäre gar nicht zu begreifen, warum das remedium ex canone Redintegranda, welches der Zeit als Universalklage noch in voller Blüthe stand, allein dem Bestohlenen und Beraubten versagt wäre. Wie wenig eine solche Auffassung gerechtfertigt wäre, zeigen auch die Particularrechte. Das revidirte Lübische Recht von 1586 und das preuß. Landrecht von 1721 bestimmen

14) Stat. Hamb. v. 1276, XII, 5. — Stat. Stad. XI, 5 und Rigens. 148 (Puf. I, p. 215 u. III, p. 269). — Freising. R. B. Maurer, II, c. 33 Anm. 2, Abs. 3. Westenr., § 79. — Wend. Rügianischer Landgebrauch, Tit. 91, Abs. 4. — Revid. Lüb. R. Art. 6, IV, 1.

15) Art. 207, Abs. 2. Item so dann der kleger beweist, daß dieselbig hab sein vnd jm raublich oder dieblich genommen sei, soll jm die durch recht zuerkant vnd wider werden. Art. 209: künde aber der ankleger sein gebührende Weisung (wie obsteht) nit volnfürn, sollen alßdann die antwurter ledig erkant werden.

16) Zu Art. 207 § 2 u. zu Art. 208 § 1.

den Beweissatz fast wörtlich ebenso wie die Carolina, gleichwohl ist es beinahe gewiß, daß ihnen nichts ferner liegt als das Verlangen des strengen Eigenthumsbeweises [17]. So ist es denn sehr in der Ordnung, daß die Erklärer der Carolina sie in dem hier entwickelten Sinne verstehen. Remus wechselt ganz willkührlich mit den Ausdrücken: si dominium probaverit, cum rem sibi furto ablatam ostenderit, ut is vel e bonis, vel in bonis suis se habuisse eas ostenderit [18]) und sagt Art. 214 ausdrücklich: dominus vel bonae fidei possessor. Kreß bemerkt zu 208, No: 1: man müsse das Wort „Eygenschafft" nicht im strengen Sinne nehmen, es genüge der Nachweis, daß man etwas unter dem Seinigen oder unter seinen Gütern besessen und gehabt, und zu 207, No: 3: wenn beide Theile einen Titel nachgewiesen hätten, so werde dennoch der Kläger vorgezogen, falls er zugleich den Verlust durch Diebstahl erweise, endlich zu 208, No: 2: wenn der Kläger den Diebstahl bewiesen habe, so müsse er ohne Weiteres zur Beschwörung des Eigenthums zugelassen werden, sane saepissime circa mobilia concivis concives tantum sciunt, quod illa possideat, quod vero dominus sit, nesciunt. E quibus colligimus, quod alteruterum, vel furtum vel dominium ordinario modo probasse sufficiat, semper autem reliquum, quod probari nequit, juramenti praestatione supplere liceat. Ebenso sagt Meckbach zu Art. 207: daß der Beklagte die Sache zurückgeben müsse, wenn der Kläger beweise, daß ihm solche gestohlen worden und daß ihn der Nachweis des Titels nur von den Verbindlichkeiten des schlechtgläubigen Besitzers befreie, sowie zu 208: der Kläger brauche das Eigenthum nur zu bescheinigen, endlich zu 209: daß der Beweis des Eigenthums nur auf das in bonis zu beziehen sei. Auf dasselbe läuft es hinaus, wenn Carpzov lehrt [19]), der Besitzer müsse den Titel ediren, sobald Diebstahl oder Raub feststehe.

---

17) S. unten § 39 u. § 41, Anm. 2.

18) Art. 207, 208, 213.

19) Pract. Rer. crimin. III, 122, No: 41, 42.

Selbst Böhmer, der principiell einen romanistischen Standpunkt hat, will doch auch, wenn nur adminicula concurriren, den Kläger zur Beschwörung des Eigenthums verstatten[20]). Hiermit hängt endlich zusammen, daß in manchen Lehrbüchern, welche die in der Carolina beschriebene Klage condictio furtiva nennen, hinsichtlich dieser Klage zum Theil unter Hinweis auf jenes Gesetzbuch gelehrt wird, es genüge der Nachweis der Entwendung und die Klage könne gegen jeden gerichtet werden, der die Sache ohne Titel besitze[21]).

Aber auch in Ansehung des zweiten Erfordernisses der Klage stutzt man auf den ersten Augenblick. Warum wird der Beweis der Entwendung verlangt? Auf dem Standpunkt des älteren deutschen Rechts ist die Antwort sehr einfach, sie liegt in der Rechtsregel: Hand wahre Hand. Nun ist aber nicht die geringste Spur vorhanden, daß diese Rechtsregel zur Zeit der Abfassung der Carolina als gemeinrechtlich angesehen worden. Carpzov[22]), Mevius[23]) und Stryk[24]), welche jener Zeit noch so nahe stehen, fassen sie als durchaus particularrechtlich auf und scheinen kaum zu wissen, daß dies jemals anders gewesen. An jene Regel dürfen wir also nicht denken. Unwillkührlich erinnert man sich ferner daran, daß die Italiener in Ansehung des Remedium ex canone Redintegranda bald den Nachweis der Spoliation verlangen, bald sich mit der Vermuthung, d. h. mit dem Nachweise des ehemaligen Besitzes begnügen. Sollte die Carolina auf diese Controverse zu beziehen sein und sie im Sinne der ersteren Ansicht entschieden haben? Hätten wir dies anzunehmen, so wäre damit der Klage aus älterem Besitze in Ansehung der Mobilien der gesetzliche Boden entzogen[25]). Dem ist jedoch nicht so. Gleichzeitige und spätere

20) Zu 207 § 2 u. zu 208 § 2.

21) S. z. B. Schmidt, Commentar, 1794. V, S. 281, 283.

22) Jurispr. for. II, 26 def. 5, No: 4—9.

23) Ad Jus Lubec. Art. 1 u. 2, B. III, Tit. 2.

24) Us. mod. VI, 1 § 7.

25) Art. 209: fünde aber der ankleger u. s. w.

Auctoritäten, insonderheit auch der heutige sächsische Gerichtsgebrauch machen in Ansehung der Klage aus älterem Besitz keinen Unterschied zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen[26]) und in der That giebt auch die Carolina hierzu nicht die geringste Veranlassung. Wie sich später zeigen wird, liegt die Lösung jener Controverse der Italiener darin, daß die Klage aus älterem Besitz und die Klage aus Verlust des Besitzes wider Willen als verschiedene Arten der dinglichen Klage des deutschen Rechts anerkannt werden. Die Carolina spricht nun allerdings nur von der letzteren Art, aber daraus folgt durchaus nicht, daß sie die erstere verwirft, man müßte denn auch annehmen wollen, daß sie dem Bestohlenen die eigentliche Vindication, von der sie ebenfalls nicht spricht, versagt habe, während doch jedermann zugeben wird, daß der Bestohlene sich nach seiner Wahl entweder der Vindication des römischen Rechts oder der Klage aus Art. 208 der Carolina bedienen könne. Es steht also nur fest, daß die Carolina über die Vindication und über die Klage aus älterem Besitz schweigt, während sie Bestimmungen über die Klage aus Verlust des Besitzes wider Willen enthält.

Diese Bestimmungen sind jetzt näher zu betrachten. Denn das Bisherige betraf mehr das, was die Carolina voraussetzt, als das, was sie verordnet. Der Art. 208 will nun, daß der Kläger, wenn er nur sein Eigenthum beweist, wozu in der Regel der Nachweis des früheren Besitzes genügt, zum Eide über die Entwendung verstattet werden soll, ausgenommen wenn der Beklagte den Beweis antritt, daß er die Sache vom Kläger rechtmäßig erworben hat. Das Thema dieses Gegenbeweises ist zugleich ein Argument mehr dafür, daß der Art. 208 mit der Regel: Hand wahre Hand nicht in Zusammenhang zu bringen ist, denn in diesem Falle müßte es allgemeiner dahin gefaßt werden, daß der Kläger die Sache freiwillig aus der Hand gegeben habe.

Der Beklagte hat also die Einrede, daß der Kläger die

---

26) S. unten § 67.

Sache ihm veräußert habe. Dies ist sehr natürlich und bedurfte wohl kaum einer ausdrücklichen Sanction, man ist daher gewiß sehr geneigt zu der Annahme, daß es nicht sowohl darauf ankam, die Gestattung dieser Einrede als vielmehr die Unzulässigkeit anderer Einreden festzustellen. Dies folgt nicht nur aus der Fassung des Artikels, daß die Sache dem Kläger folgen solle, wenn der Beklagte die Einrede nicht beweisen könne, sondern auch aus dem des unmittelbar darauf folgenden Art. 209, welcher die Einrede der Ersitzung noch besonders verwirft. Dazu kommt, daß es, wie wir bereits gesehen haben und später noch ausführlicher sehen werden, zur Zeit der Abfassung der Carolina ungemein streitig war, ob die Einrede des Titels zulässig sei. Diese Controverse ist es nun, auf welche der Artikel sich bezieht und welche er verneinend entscheidet. Der Beklagte soll beweisen, daß er die Sache vom Kläger — mittelbar oder unmittelbar — erworben, der Beweis, daß er sie von einem Dritten erworben, schützt ihn nicht. Daß dies der Standpunkt des Gesetzgebers ist, wird unzweifelhaft, wenn wir erwägen, daß die Artikel 207 u. 213 die Wirkung der bona fides und der justa causa auf Seiten des Beklagten darauf beschränken, daß ihm die Futterkosten erstattet und die Prozeßkosten compensirt werden sollen und daß die Verwerfung der Einrede dem Geiste des älteren deutschen Rechts durchaus entspricht. Aus dieser bestimmten Beziehung auf jene Streitfrage ergiebt sich aber auch, daß wir nicht soweit gehen dürfen, jede andere Einrede außer der der Veräußerung für ausgeschlossen zu erachten; dadurch würden wir über das Ziel hinausschießen. —

Hiermit ist der Art. 208 auf dem Standpunkt seiner Zeit vollständig erklärt; ehe wir auf die Frage übergehen können, inwieweit die Dispositionen desselben noch heute Bedeutung haben, bedarf es zunächst einer Übersicht der sonstigen in diesem Abschnitt der Carolina vorkommenden hierher gehörigen Grundsätze.

1) Der Art. 209 schließt jede Ersitzung an gestohlener oder geraubter Habe aus. Diesem Artikel des deutschen Reichsge-

setzbuches ist vor anderen Artikeln civilistischen Inhalts die beinahe ausschließliche Ehre widerfahren, von der deutschen Rechtswissenschaft nicht völlig vergessen zu sein. Zur Geschichte desselben ist Folgendes zu bemerken. Die Frage, ob der dinglichen Klage aus Raub oder Diebstahl die Einrede der Ersitzung entgegengesetzt werden kann, hat eine große innere Verwandtschaft[27]) mit der Frage des älteren Rechts, ob eine gewisse Anzahl von Geweren schon als solche den Beklagten schützt. Wir haben § 8 bei Anm. 5 gesehen, daß diese Frage von verschiedenen Rechten verschieden beantwortet wurde, daß aber das alte Bamberger Recht sie entschieden verneinte. An diese Entscheidung hält sich die Carolina. Der § 112 des alten Bamberger Rechts ist daher die Quelle des Art. 208. Die Frage ist übrigens noch heute streitig. In Ansehung des gemeinen Rechts hat man gesagt, der Art. 208 schließe nur die ordentliche Verjährung aus[28]), während Andere auch die außerordentliche Ersitzung für unzulässig erklären[29]). Letztere Meinung ist theils um jener Entstehungsgeschichte willen, theils nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes[30]) für die richtige zu halten. Von den Particularrechten schließen einige die Ersitzung ganz aus[31]), während andere sie unter Modificationen zulassen[32]).

2) Nach Art. 207 u. 213 soll der Kläger dem Beklagten, falls dieser ein bon. fid. poss. und es sich um essend Vieh handelt, „zimliche nottürfftige atzung" erstatten[33]). Böhmer (zu

27) cf. unten § 39, Anm. 4.

28) Unterholzner, Verj. Lehre I. S. 200. — Puchta, Pand. § 159, e.

29) Göschen, § 263. — Vangerow, § 325.

30) Vnd kan an solcher gestolner oder geraubter habe durch eynich lenge der zeit keyn geweer ersessen werden.

31) Nürnb. Ref. v. 1564, II, 16, 9. — Frankf. Ref. II, 9 § 9. — Berner Satzung, 611. — Luzerner G. B., 258.

32) Revid. Lüb. R. IV, 1 Art. 3; I, 8 Art. 1 und VI, 5 Art. ult. — Hamb. Stat. II, 9, 3. — Preuß. Ldr. I, 9 § 584, 585 u. 648. — Code civil, Art. 2279.

33) Alt. Bamb. R. § 112 z. E.: vnd schol auch der selbe (clager) ob ez ein phert oder ander fyhe ist, dy kost gelten dy ez gekostet.

Art. 213 § 2) will dies beschränken auf die Futterkosten, die im Laufe des Prozesses entstanden sind. Wenn hierzu Art. 207 einige Veranlassung geben möchte, so spricht jedenfalls Art. 213 ganz allgemein und es ist zu jener Einschränkung um so weniger Veranlassung, als wir mit dem römischen Recht zu dem nämlichen Resultat kommen, da der Vindicant nothwendige Auslagen des Besitzers jederzeit erstatten muß und Futterkosten ohne Zweifel zu diesen gehören[34]). Nur insofern möchte ein Unterschied sich geltend zu machen scheinen, als das römische Recht auch dem mal. fid. poss. die nothwendigen Verwendungen erstattet wissen will[35]), indessen nimmt es doch in einem speziellen, die Ernährung eines Sklavenkindes betreffenden Falle den Dieb von dieser Vergünstigung hinsichtlich der Alimente aus[36]), eine Ausnahme, die sehr weit greift, da, wer wissentlich eine Sache vom Nichteigenthümer erwirbt, ein furtum begeht[37]).

3) Der Art. 213 will, daß dem Kläger die Sache „ohn Beschwerung" wieder gegeben werde, was die Commentatoren mit Recht darauf beziehen, daß der Besitzer die Erstattung des von ihm etwa gezahlten Preises nicht verlangen könne. Heutzutage erscheint uns diese Bestimmung überflüssig, da niemand behauptet, daß die Erstattung gemeinrechtlich ist; damals aber konnte die Sache noch für controvers gelten. Hostiensis und Andere waren für Erstattung, wenn der Käufer beim Erwerbe mittelst einer Protestation erklärt habe, daß er mit der Absicht kaufe, die Sache, falls der Verkäufer nicht der wahre Eigenthümer sei, letzterem zurückzugeben[38]). Menochi, der die Frage ausführlich behandelt, bekämpfte zwar diese Meinung, wollte

34) L. 4 § 9 D. de doli et me. exc. (44, 4). — L. 1 C. de infa. expo. (8, 52). — Glück, Pand. Comm. VIII, S. 302, Anm. 71.

35) L. 5 C. de R. V. (3, 32).

36) L. 1 C. cit. cf. auch L. 13 D. de cond. furt. (13, 1).

37) L. 12 C. de furtis (6, 2).

38) Summa, de poenit. et remiss. § quid de praed. vers. quod si emit. —

aber doch dem emtor bonae conditionis et famae den Preis erstattet wissen[39]). Gothofred endlich war im Falle eines Kaufs auf einem Markte oder in einem offenen Laden für Erstattung[40]). Diese Ausnahme will Meckbach sogar nach Erlaß der Halsgerichtsordnung aufrecht erhalten[41]), und noch Böhmer hält es nicht für überflüssig, zu bemerken, daß das ehemals geltende Privilegium der Juden jetzt nicht mehr zur Anwendung kommen könne.

4) Nach Art. 207 soll jeder Besitzer einer gestohlenen oder geraubten Sache so lange als mal. fid. poss. gelten, als er nicht schwört, „daß er vnwissent des vnrechten herkommens die hab an sich bracht hat"; und

5) sollen ebenfalls nach Art. 207, wenn der Besitzer in bona fide gewesen, jederzeit die Kosten compensirt werden.

In Betreff der Frage, welche Bedeutung diesen Grundsätzen der Carolina für das heutige Recht beizulegen sei, müssen diejenigen, welche rein prozessualischer Natur sind, von denen, welche einen materiellen Karacter haben, unterschieden werden; erstere haben ihre Gültigkeit verloren, letztere gelten noch heute. Zu den prozessualischen Regeln gehören: der Reinigungseid des Art. 207, der Bestärkungseid des Art. 208 und die Kostencompensation des Art. 207. Diese Vorschriften hängen theils mit dem Criminalprozeß, insbesondere mit dem Adhäsionsprozeß der Carolina zusammen, theils stellen sie eine eigenthümliche Übergangsstufe aus dem Civilverfahren des älteren deutschen Rechts in den neueren Prozeß dar, in beiderlei Beziehung aber sind sie veraltet. Anders steht es mit den materiellen Regeln. Hierher gehören: die Zulässigkeit der Einrede der Veräußerung, die Unzulässigkeit der Einrede des Titels beides nach Art. 207 u. 208, die Nichterstattung des Kaufgeldes nach Art. 213, die Regeln des Art. 207 u. 213 über Erstattung der Futterkosten

---

39) De Praesumt. V. pr. 29, No: 30. —
40) Zu L. 2 C. de furtis (6, 2). —
41) Zu 207 a. E.

und endlich das Verbot der Ersitzung des Art. 209. Viel wichtiger aber als alles dies ist, daß die Art. 207 bis 214 in ihrer Gesammtheit einen gesetzlichen Anhalt für die dingliche Klage des deutschen Rechts gewähren. Hierüber kann nicht wohl ein Zweifel aufkommen. Denn wenngleich die Carolina die Gültigkeit der Klage mehr voraussetzt als ausdrücklich und unmittelbar bestätigt, so ist doch diese Voraussetzung so deutlich ausgesprochen, daß sie einer ausdrücklichen gesetzlichen Bestätigung gleich kommt. Hier ist besonders auf Art. 208 Bezug zu nehmen. Entkleiden wir die Vorschrift ihrer veralteten prozessualischen Gestalt, so lautet sie für den heutigen Prozeß dahin: Kann der Kläger ehemaligen Besitz und Verlust desselben durch Diebstahl oder Raub beweisen, so ist der gegenwärtige Besitzer zur Rückgabe zu verurtheilen (cf. Art. 209), doch ist er mit der Einrede zu hören, daß er die Sache rechtmäßig vom Kläger erworben hat. Bestimmter kann die Klage kaum anerkannt werden, wenn auch zunächst nur für den Fall des Raubes oder Diebstahls, welche Beschränkung sich aus der Natur des Gesetzes erklärt. Dazu kommt, daß eine Anzahl von Detailbestimmungen über die Anwendung der Klage gegeben werden, denn gewiß bestätigt ein Gesetz, welches die Anwendung eines Institutes regelt, dieses Institut selbst, wobei es für diese Frage gleichgültig ist, daß einige dieser Detailbestimmungen inzwischen außer Anwendung gesetzt sind. Hieraus erklärt sich nun aber sehr einfach, wie diese Klage der Carolina so völlig in Vergessenheit gerathen konnte. Zur Zeit der Abfassung derselben stand die dingliche Klage des deutschen Rechts in allgemeinster Anerkennung, sie übte, so zu sagen, die Alleinherrschaft auf dem Gebiete des Eigenthumsschutzes aus. Ihre Bestätigung in dem Gesetzbuch hatte also für die damalige Zeit keinen Werth, vielmehr fiel alles Gewicht auf jene einzelnen Bestimmungen über die Art ihrer Anwendung. Nachdem nun diese mit der Umgestaltung des Prozesses ihre Anwendbarkeit großentheils verloren hatten und soweit sie noch fortdauerten, mit dem römischen Recht übereinstimmten oder übereinzustimmen schienen, verloren

jene Artikel ihr wesentliches Interesse. Als man sie aber anderweit wieder hätte brauchen können, waren sie längst vergessen.

4. Deutsche Particularrechte.

§ 39.

a. Das Gebiet des Lübischen Rechts nebst Rostock.

Das Lübische Recht hat einige nähere hierher gehörige Bestimmungen, die in der Redaction von 1586 noch jetzt gelten und auch insofern interessant sind, als sie theilweis noch mehr wie die Carolina das ältere deutsche Beweisverfahren voraussetzen und eine eigenthümliche prozessualische Übergangsstufe darstellen. Nicht nur, daß ganz im Geiste und im Sprachgebrauch des älteren Rechts von einem Theile gesagt wird: er sei näher dabei zu bleiben, als der andere, es wird auch der behauptenden Partei nachgelassen, die Behauptung durch den eigenen Eid zu beweisen. Stein spricht seine Verwunderung über diese Art der Beweisführung zwar aus[1]), „sintemahlen ein solcher schwehrender als ein testis in propria causa anzusehen, dergleichen doch sonst nicht admissible ist", hält aber doch den „Bestärkungseid", wie er ihn nennt, noch für anwendbar und praktisch, nur daß er ihn auf die ausdrücklich im Lübischen Rechte verordneten Fälle eingeschränkt wissen will.

Es bestimmt nun der Art. 3 Tit. 1 B. 4 Folgendes:

„Wird ein Pferd für gestohlen angezogen, kan derjenige, bey dem es betroffen, bezeugen, daß es ihm aufrichtig, über die dritte Hand zukommen, daß also drey Personen, und eine jegliche derselben einander haben gewehren können[2]), so bleibt der Besitzer billig bei seinem Pferde. Würde er aber das nicht thun kön-

---

1) Einleitung zur Lübischen Rechtsgelehrsamkeit. 1751. § 509, Anm. — Vergl. Stryk zu 13, 1 § 10.

2) Hier zeigt sich recht augenfällig der prozessualische Übergang, daß Geweren Zeugen werden, oben § 16.

nen, sondern derjenige, welcher es anspricht, könte beweisen, daß er gemeltes Pferd auf seinem Stall für das seine gehalten, gefüttert, und daß es ihme unwissend aus seiner gewehr kommen, und er dessen, biß auf diese Zeit, nicht wiederumb ansichtig werden können, so muß ihm das Pferd wiederum gefolget werden."

Der Kläger hat also zu beweisen: 1) ehemaligen Besitz, 2) unfreiwilligen Besitzverlust und 3) daß seitdem die Sache nicht wieder in seinen Besitz zurückgekehrt; gegen diese Klage kann sich der Beklagte durch den Nachweis des Titels nicht schützen, vielmehr muß er auch die Titel zweier Vormänner nachweisen. Stein erklärt ausdrücklich, daß die Bestimmung fortdauernd gültig sei und auf bewegliche Sachen überhaupt bezogen werden müsse[3]), während Mevius ihre Anwendbarkeit möglichst zu beschränken sucht und sie ein statutum irregulare et exorbitans nennt, aber nicht in Ansehung des Klagegrundes, sondern weil jene Einrede die Ersitzung gestohlener und geraubter Sachen involvire[4]). Wir haben jedoch bereits gesehen, welche Bewandtniß es mit diesem Bedenken hat, wie denn auch Art. 1, I, 8 und Art. 5, VI, 5 die Ersitzung gestohlener und geraubter Sachen unter Umständen ausdrücklich zulassen[5]).

Etwas anders wird das Beweisthema für den Kläger im gleich folgenden Art. 6 bestimmt:

„Findet jemand sein Gut, das ihm gestohlen oder geraubt, bei einem andern . . . . der ander aber, welcher das Gut ange-

3) Einl. § 327, und Abhandlung des Lübschen Rechts. 1745. Th. III, § 280.

4) Comment. in jus Lubec. ad h. tit. Ebenso Wiese u. Blanck, Disput. de Rei vind. jur. Lubec. 1757. § 17 (in Gesterdings thes. Jur. Lubec. I No: IV).

5) Diese Artikel gelten insoweit für aufgehoben durch Art. 209 der C. C. C. Mevius zu Art. 1, I, 8, No: 24—28, wo er namentlich bemerkt, daß dies die Stralsundische Praxis annehme. — Stein, Abh. III, § 265. — Wiese u. Blanck, § 18. S. übrigens Albrecht, Anm. 270[a], sowie oben § 8 bei Anm. 5; § 38 bei Anm. 27 u. unten § 55, Anm. 3—4.

sprochen, wofern er sonsten mit zween glaubwürdigen Zeugen nicht beweisen kann, daß es sein Gut und ihm gestohlen oder geraubet sei, er auch desselbigen für dieser Zeit, und ehe es zu den Gerichten kommen, nicht wiederum habhafftig werden mögen, so mag er solches mit seinem Eyde thun, dazu er gelassen werden soll."

Man könnte aus den Worten: daß es sein Gut, schließen wollen[6]), daß dennoch der Beweis des ehemaligen Besitzes nicht genüge, sondern daß wirkliches Eigenthum zu beweisen sei, allein schon oben § 38 bei Anm. 14 sind die allgemeinen Gründe angegeben, welche dieser Meinung entgegenstehen. Die Worte: daß es sein Gut, legen dem Kläger nur die Verpflichtung auf, die Voraussetzungen der dinglichen Klage zu beweisen und hierzu genügt zunächst der Nachweis des ehemaligen Besitzes. Dies erhellt klar aus dem vorher besprochenen Art. 3, welcher sich mit dem Beweise des Besitzes begnügt, da ja augenscheinlich in beiden Artikeln von derselben Klage die Rede ist. Auch Stein ist sicher dieser Ansicht, weil er nicht nur eine Verschiedenheit zwischen beiden Artikeln nicht hervorhebt, sondern sogar den Nachweis des ehemaligen Besitzes im Art. 3 eine ,,probatio dominii durch einen leiblichen Erweis" nennt[7]). Somit haben wir in beiden Artikeln dieselbe Klage, aber, was sehr merkwürdig, im Art. 6 auf dem Standpunkt des älteren Beweisverfahrens und im Art. 3 auf dem Standpunkt des modernen Prozesses, weshalb denn auch der Eid des Klägers im Art. 6 nur für den Fall zugelassen wird, daß derselbe andere Beweismittel nicht haben sollte.

Die folgenden Artikel desselben Titels enthalten nähere Bestimmungen hinsichtlich dieser Klage. Art. 9 verwirft die Einrede des Beklagten, daß er die Sache auf offenem Markt gekauft habe und Art. 10 sagt:

„Wann einer in offenem Kriege unter eines Herrn Fänlein

6) Dies thut Stryk, a. a. O.

7) Abhandlung 2, Th. III, § 279. Vergl. Wiese u. Blanck, § 19.

etwas gewinnet, und solch Gut von einem andern für geraubt oder gestohlen Gut angesprochen wird, so ist der Kriegsmann, wann er solches mit etlichen seiner Spieß-Gesellen beweisen kann, näher dabey zu bleiben, dann derjenige, welcher die Ansprach gethan."

An diese Bestimmungen des Titel 1 Buch 4, welcher „von Diebstall" handelt, schließt sich in eigenthümlicher Weise Art. 9 im Titel 4 Buch 3 an, welcher „von Verpfändungen" überschrieben ist:

> Besitzt jemand ein Gut, es sey ihm geschenkt, verpfändet oder verkaufft, so kan er das auf seinen Eyd wider alle Ansprache wohl behalten, es wäre dann gestohlen oder geraubt Gut.

Mevius bemerkt: nonnullis offendiculo fuit haec dispositio, tanquam ansam praebens dominis res suas sine illorum facto contra jus et fas auferendi, und in der That hat der Artikel auf den ersten Blick etwas Räthselhaftes; es scheint, daß jede Vindication durch die Einrede des Titels, der überdies nur beeidigt zu werden braucht, ausgeschlossen ist. Die Interpreten[8]) helfen sich durch Beschränkung des Artikels auf den Fall des freiwilligen Weggebens einer beweglichen Sache. Auch unter dieser Voraussetzung, sagen sie, siegt der Beklagte nur, wenn er titulirter Besitzer ist, er ist aber berechtigt, seinen Titel zu beschwören. Hiergegen spricht, daß der Titel 4 nicht bloß von beweglichen, sondern auch von unbeweglichen Sachen handelt und kein Grund vorhanden ist, den Artikel auf bewegliche Sachen zu beschränken, sowie daß der vorige Besitzer auch im Falle des freiwilligen Weggebens das Recht der Wiedereinlösung hat (Art. 2, III, 2), der Artikel 9 also zu viel sagen würde, wenn er dem Besitzer das Recht zuspräche, die Sache wider alle Ansprache zu behalten. Es scheint daher, daß man dem Artikel eine andere und weitere Bedeutung beilegen kann und muß. Es

---

8) Mevius ad h. art. u. zu Art. 2, III, 2, No: 29. — Stein, Einl. § 239, 240; Abh. III, § 86. — Wiese u. Blanck, § 15 u. 23.

war nämlich zur Zeit dieser Revision des Lüb. Rechts ungemein controvers, ob gegen die dingliche Klage aus älterem Besitze die Einrede des Titels statt finde. Diese Streitfrage wird durch jenen Artikel entschieden. Die Einrede ist zulässig und zwar in privilegirter Weise. Der Artikel ist also ein Seitenstück zu Art. 208 der Carolina, dieser verwirft die Einrede bei der Diebstahlsklage, jener läßt sie zu bei der Klage aus früherem Besitze. Daraus folgt aber auch, daß die Einrede ohne Kraft ist, wenn der Kläger sich ebenfalls auf einen Titel stützt oder gar sein Eigenthum beweist. Ist diese Auslegung richtig, so enthält der Artikel indirect eine Anerkennung der Klage aus älterem Besitze, wie solche direct für die Klage aus Raub und Diebstahl in den vorher besprochenen Artikeln gegeben ist. Es ist bezeichnend, daß Mevius jene Klage vermißt, et quidem, sagt er unter No: 4, nisi Publicianam actionem vel ad exemplum ejus aliam similem competere dicamus, non video, quid remedii superfuturum erit, wobei er an den Fall denkt, daß der, welcher durch Artikel 9 im Besitze geschützt wird, in die Lage kommt, eine dingliche Klage anstellen zu müssen.

Gegen diese Erklärung des Artikel kann, wie es scheint, der Einwand vorgebracht werden, daß die Klage aus älterem Besitz nach Lübischem Recht nicht denkbar sei, in Ansehung unbeweglicher Sachen sei sie ausgeschlossen durch die Verlassung zu Stadtbuch und in Ansehung beweglicher Sachen durch die Regel: Hand wahre Hand. Hierauf ist Folgendes zu entgegnen. Bei einem Streit um Grundstücke kann es, namentlich in Ansehung von Parzellen u. s. w., sehr wohl vorkommen, daß Keiner der streitenden Theile in der Lage ist, sich auf das Stadtbuch zu beziehen und dann müssen andere Regeln über Begründung der Klage vorhanden sein. Was die beweglichen Sachen angeht, so haben wir gesehen, daß die Interpreten und, wie es scheint, auch die Praxis dem Beklagten nur dann die Berufung auf die Regel: Hand wahre Hand gestatten, wenn er einen Rechtsgrund hat und sich in gutem Glauben befindet, ganz ebenso, wie das Hamburger Recht solches ausdrücklich be-

stimmt[9]). Mithin muß man auch dem eine dingliche Klage gestatten, der nur behauptet, daß er als Eigenthümer besessen habe und daß gegenwärtig der Beklagte ohne Rechtsgrund besitze. In Hamburg ist dies auch anerkannt, man streitet aber darüber, ob der Kläger alsdann die Rechtlosigkeit oder der Beklagte den Rechtsgrund zu beweisen habe. Im Lübischen Rechte ist dieser Zweifel durch den Artikel 9 entschieden: der Beklagte beweist und zwar durch Bestärkungseid. In einem solchen Falle wird aber auch das Einlösungsrecht wegfallen, welches gewiß voraussetzt, daß der Kläger alle Bedingungen des Art. 2, III, 2 darthut, also das Anvertrauen und die Veräußerung des ersten Empfängers an den Beklagten oder dessen Vorbesitzer. Somit findet die Klage aus ehemaligem Besitze auch bei beweglichen Sachen statt und damit der Art. 9 seine volle Erklärung.

Das Lübische Recht hat also folgende Regeln:

1) Gegen die Klage aus früherem Besitz (Ansprache) findet allgemein die Einrede des Titels statt und zwar mit Bestärkungseid; Art. 9, III, 4.

2) Beweist der Kläger in Ansehung einer beweglichen Sache nicht bloß früheren Besitz, sondern auch Verlust desselben durch Raub oder Diebstahl, was ausnahmsweise durch Bestärkungseid geschehen kann, so findet die Einrede des Titels nicht statt; Art. 3 u. 9, IV, 1.

3) Vermag jedoch der Beklagte nicht bloß seinen eigenen Titel, sondern auch den Titel zweier Vormänner zu beweisen, so ist er damit zu hören; Art. 3 a. a. O.

4) Ebenso in Ansehung gewisser Sachen, wenn er Besitz von Jahr und Tag nachweisen kann; Art. 1, I, 8; Art. 5, VI, 5[10]).

---

9) was häufig übersehen wird, s. z. B. Beseler, § 86 d, vergl. mit f.

10) Die Bedingungen dieses Falles sind zweifelhaft; beide angef. Artikel sind anscheinend widersprechend. Manche nehmen an, daß hinsichtl. der Sachen, die über See u. Sand gekommen sind, Besitz von Jahr und Tag nicht erforderlich ist und daß es auf diesen nur ankommt bei Sachen, die anderswoher in die Stadt gekommen sind. S. übrigens oben Anm. 5.

5) Dasselbe gilt von Erbeutung im Kriege; Art. 10, IV, 1. —

In der Stadt Rostock galt bis zur Mitte des vorigen Jahrhunderts das Lübische Recht; da jedoch so viele Bestimmungen desselben theils veraltet theils von zweifelhafter Bedeutung waren, schritt man zur Abfassung eines eigenen Stadtrechts nach dem Muster des Lübischen, welches 1757 publicirt wurde und noch jetzt gilt[11]). Viele Artikel des Lübischen Rechts wurden wörtlich aufgenommen, namentlich auch die oben hervorgehobenen, nur daß man es für schicklich hielt, im Art. 9 (III, 4) für „Spießgesellen" lieber „Mitsoldaten" zu sagen. Weniger aus dieser Redactionsveränderung, als vielmehr aus Mittheilungen bei Stein[12]) geht hervor, daß man nicht gedankenlos abschrieb, sondern sich darüber Rechenschaft zu geben suchte, ob eine Vorschrift des Lübischen Rechts noch praktische Geltung habe. Die Aufnahme obiger Artikel[13]) beweist also, daß ihr Inhalt praktisch und beibehaltenswerth erschien, wenngleich freilich Wendungen, wie: der Beklagte sei näher bei der Sache zu bleiben als der Kläger, in einem Gesetzbuch des 18. Jahrhunderts sich wunderlich genug ausnehmen.

§ 40.

b. Hamburg.

In den Hamburger Statuten von 1603 heißt es Th. II, Tit. 8 Art. 8:

. . „wann ein Gutt gestolen, geraubet und abgetrogen ist, und der rechte Herr desselbigen kriegt, und glaubwirdige Anzeige thut, des solches Gutt sein gewesen und noch sey: So mag er dasselbe mit Vorwissen des Richters, ohne alle entgeltnuß und Bezahlung des ausgegebenen kauffgeldes, wiederumb an sich nehmen."

---

11) Rostockisches Stadtrecht v. 1757. Rostock bei Röse. 1757.

12) Abhandlung III, § 271, Anm.; § 275, Anm. u. § 278 a. E. —

13) Th. IV. Tit. 1, c. 1, 2, 5 u. 6; Th. III. Tit. 4, c. 9. —

Ähnlich heißt es Th. IV, Art. 35:

.. „Wofern aber der rechte Eigenthumsherr dasselbige Gutt für das seine anspricht und solchen Anspruch wie Recht, kann begründen: So wird ihm billich solch gestolen Gutt ohne entgeltnuß restituiret und wieder eingehändigt, Vnd muß derselbe, der solch gestolen Gutt gekaufft, wann schon solcher kauff auff dem offenen Markte geschehen, seyn Gelt, das er dafür außgegeben, entrathen."

„Der gestolen Gutt einem Diebe abnimpt, soll solches den Gerichten anzuzeigen gehalten seyn, vnd da derselbe, dem es zugehörig, vnd den Eigenthum gnugsam kann beweisen, solch Gutt wieder fordert: So soll es jhm ohne entgeltnuß wieder geliefert werden."

Dagegen heißt es Th. II, 2, Art. 7:

„Welcher Mann dem andern leihet sein Pferdt, Kleidt, oder was es für Gutt sey, vnd auf wasserley weise er das aus seinen wehren lässet, mit seinem willen, vnd verkaufft es der jenige, der es in seinen wehren hat oder versetzt er dasselbige, oder wird es ihm abgeraubet oder abgestolen: So mag derjenige, der es erstlich verliehen oder versetzt hat: darauff wider den Einhaber desselben, wofern der jenige solches mit gutem Titul an sich gebracht, keine fürderung haben, sondern muß sich deßwegen an denselben, welchem er es geliehen oder versetzt hat, oder so derselbige verstorben, an dessen Erben halten."

Diese Bestimmungen geben zu vielen Zweifeln Veranlassung, die jedoch größtentheils rein particularrechtlich sind, indem sie die nähere Ausbildung der Rechtsregel: Hand wahre Hand betreffen. Folgendes aber gehört hierher. Nach einer Meinung nämlich hat der Kläger in allen Fällen genug gethan, wenn er sein Eigenthum darthut, während es Sache des Beklagten ist, nachzuweisen, daß die Vindication nach jener Regel ausgeschlossen ist[1]). Nach einer anderen Meinung muß der

---

1) Sammlung v. Erk. des O. A. Ger. zu Lübeck in Hamburg. Rechtssachen II, S. 462. Vergl. § 39 nach Anm. 8.

Kläger außer seinem Eigenthum noch darthun, entweder, daß er die Sache nicht freiwillig aus seiner Were gelassen oder daß der Besitzer die Sache ohne guten Titel an sich gebracht habe[2]). Nun aber, und das ist hier die Hauptsache, soll der Kläger nach beiden Meinungen sein Eigenthum beweisen, die Abweichung bezieht sich nur darauf, ob und was er außerdem noch darzuthun habe. Es fragt sich also, wie er diesen Beweis des Eigenthums zu erbringen hat. Daß der strenge Eigenthumsbeweis des römischen Rechts nicht verlangt werden könne und daß es jedenfalls genüge, wenn die Bedingungen der Publiciana vorliegen, wird wohl zugegeben werden, es muß aber auch behauptet werden, daß unter Umständen der Nachweis des früheren Besitzes hinreichend ist. Schon aus den Worten der Statuten geht hervor, daß große Strenge nicht beabsichtigt ist, der Kläger soll, wie es heißt, sein Eigenthum genugsam beweisen, glaubwirdige Anzeige thun, seinen Anspruch, wie Recht, begründen. Was der Kläger zu thun hat, wird mehr vorausgesetzt, als gesagt. Dazu kommt nun der Art. 7 cit., in welchem dem Eigenthümer, der die Sache den Händen eines Dritten anvertraut hat, die Vindication selbst dann versagt wird, wenn die Sache dem Dritten gestohlen oder geraubt worden. Unzweifelhaft soll dann der, welcher die Sache vom Eigenthümer empfangen, vindiciren, dieser aber befindet sich nie in dem Falle, sein Eigenthum beweisen zu können[3]). In Bezug auf Vindication von Staatspapieren ist denn auch von Hamburger Gerichten dem Kläger aufgegeben zu beweisen, daß ihm das Eigenthum zugestanden habe oder daß er wenigstens im Besitz derselben gewesen sei[4]). Auch erklärt Gries, daß der Kläger nur darzuthun habe, daß ihm das Gut auf eine zur Vindication berechti-

---

2) Sammlung u. s. w. I, S. 1017 (vergl. Seufferts Archiv III, 6). — Heise und Cropp, jurist. Abh. II, S. 148, Not. 10. — Gries, Comm. I, S. 201 u. 319, Anm. — Baumeister, Hamb. Priv. Recht § 35 VI. Vergl. Beseler, II, S. 67.

3) Gries, Commentar I, S. 207.

4) Das. S. 202, Anm.

gende Weise abhänden gekommen[5]). Selbst Baumeister ist damit einverstanden. Zwar lehrt er im Text des § 35 unter No: VI: der Kläger müsse einen Rechtstitel darthun, fügt aber in der Anmerkung hinzu, die Rechtmäßigkeit des Titels sei bis zum Beweise des Gegentheils anzunehmen. Auch in Hamburg ist demnach der Beweis des Eigenthums, wie dies schon für die Carolina und das Lübische Recht nachgewiesen worden, im Sinne der Relativität zu verstehen, d. h. es genügt zunächst der Nachweis des früheren Besitzes und zwar, wenn man der ersteren der beiden obigen Meinungen folgt, dieser allein, wenn man aber sich der letzteren, die die herrschende zu sein scheint, anschließt: in Verbindung mit dem Nachweise, daß entweder der gegenwärtige Besitzer ein rechtloser sei oder der Kläger den Besitz wider seinen Willen eingebüßt habe. In letzterer Beziehung sprechen zwar die angezogenen Artikel ausdrücklich nur von gestohlenem und geraubtem Gut, indeß scheint in der Praxis kein Zweifel darüber zu herrschen, daß auf andere Weise wider den Willen des Besitzers abhanden gekommene Sachen derselben Beurtheilung unterliegen[6]) und zwar um so weniger, als Art. 8 selbst die abgetrogenen Sachen den gestohlenen gleich stellt[7]).

Was die Einreden betrifft, so unterliegt es keinem Zweifel, daß die Einrede des Titels statt findet, wenn der Kläger unfreiwilligen Besitzverlust nicht zu behaupten vermag, daß sie aber im entgegengesetzten Falle nicht statt findet[8]).

Die hieraus sich ergebende Übereinstimmung des Hamburger Rechts mit dem gemeinen Recht ist übrigens um so erklärlicher, als, wie Baumeister im § 16 unter II bezeugt, die

5) Das. S. 319, Anm.

6) Gries, I, S. 202. — Baumeister, § 34, II, § 35.

7) Vergl. hierüber Gries, I, S. 203. — Heise und Cropp, II, S. 281. — Baumeister, a. a. O.

8) Art. 7 cit. u. Arg. Art. 2 u. 3, Tit. 19, Th. II. S. Gries, I, S. 320. Die Einrede der Ersitzung ist auch bei der Klage aus Raub oder Diebstahl zulässig, falls die Sache über See und Sand gekommen: II, 9, Art. 3.

possessorischen Rechtsmittel des gemeinen Rechts, namentlich die Spolienklage, in unbestrittener Anwendung sind.

§ 41.

c. Preußen.

Das Landrecht des Herzogthums Preußen von 1685 giebt in den nachfolgenden Bestimmungen ganz die Lehre der Italiener wieder:

B. III, Tit. 5. Von Besitz und Gewehr der Güter, Art. 2 § 1: „die Possession kann allein mit dem Gemüth erhalten werden.... und da gleich diese (Stellvertreter im Besitze) die Possession und Besitz auß Betrug oder sonsten aus Fahrlässigkeit verließen oder aber gestorben wären, dadurch dem Andern Ursach und Anlaß gegeben würde, dieselbige einzunehmen und zu besitzen, so wird doch dadurch dem vorigen Possessor sein Besitz oder Gewehr nicht genommen, dann er dieselbe in diesen und anderen dergleichen Fällen solo animo, mit dem Gemüth wohl behalten mag."

Art. 3 § 4: „Gleichergestalt, so ein Herr ... in seinem Abwesen spoliiret und entsetzet wäre ... hat er doch den Besitz ... im Gemüth haben und behalten mögen." Im Art. 2 § 2 wird denn auch das Interdictum uti possidetis „wider einen jedweden, so einen andern in seiner Possession ... verhindert oder auch gar davon treibet oder außjagt" gegeben und somit dessen recuperatorische Natur anerkannt, solches auch keineswegs, wie man auf den ersten Bick glauben könnte, gegen den dritten Inhaber versagt, da ja der „vorige Besitzer" in seinem Civilbesitze dadurch gestört wird, daß ein Dritter den Naturalbesitz hat und die Restitution verweigert[1]).

Das Landrecht von 1685 wurde durch Samuel von Cocceji revidirt und 1721 als „Verbessertes Landrecht des Kö-

1) § 21, Anm. 38; § 22 nach Anm. 4.

nigreichs Preußen" publicirt[2]). Dasselbe enthält im B. III, Tit. 5 Art. 1 § 10 u. 13, sowie im Art. 2 § 1, Art. 3 § 1 über den Civilbesitz und im Art. 2 § 2 u. 6 über das Possessorium ordinarium ähnliche Bestimmungen, wie jenes. Außerdem sind bemerkenswerth: B. III, Tit. 1 Art. 11, welcher von dem, der eine Sache verloren hat, sagt, er solle „kündliche und gewisse Wahrzeichen oder Weisung haben", oder „wie recht beweisen oder mit seinem Eyde erhalten, daß er zu der Haab Fug und Recht habe"; ferner Tit. 4 Art. 1 § 6, welcher im Anschluß an die Carolina von dem Bestohlenen oder Beraubten sagt, er solle „zu Recht beweisen, daß es sein gewesen und ihm abgestohlen oder abgeraubet worden"; endlich Tit. 5 Art. 3 § 1, wo es von demjenigen, „der mit Gewalt seiner Possession und Besitzes spoliiret, beraubt und entsetzet ist", heißt: „er mag per varia Juris remedia wieder zu — seinem Besitz kommen, wogegen das Interdictum unde vi gegen den Dritten versagt wird, § 2, 12 u. 13.

Aus dem Project des Cod. Frider. Marchici von 1748 ist zu erwähnen, daß für das Summariissimum ein mindestens einjähriger Besitz verlangt wird[3]) (IV, 3 § 3), sowie daß das Ordinarium jederzeit mit dem Petitorium verbunden werden soll (§ 10), eine Bestimmung, die sich im Corp. jur. Frider. v. 1781 (II, 7 § 18) und in der Gerichts-Ordnung von 1793 (I, 5 § 27) wieder findet, mithin noch jetzt gilt und, wenn sie auch zunächst nur die Absicht der Prozeßvereinfachung hat, doch darauf hindeutet, daß in der Praxis die petitorische Natur des Ordinariums sich geltend machte.

Das Allgemeine Landrecht von 1794 hat nun die dingliche Klage des deutschen Rechts in der bestimmtesten Weise anerkannt, wenn auch freilich nicht alle hierher gehörigen Vorschriften des Gesetzbuchs die wünschenswerthe Klarheit haben.

---

2) S. im Prov. R. der Provinz Westpreußen, Bd. I, herausg. von Leman, 1830.

3) Vergl. unten § 58, Anm. 12.

Zunächst ist das Princip der Relativität als solches und in verschiedenen Anwendungen aufgestellt. Der § 161 Th. I, Tit. 7 bestimmt:

„Gegen den, welcher den Besitz einer Sache oder eines Rechts weder durch Gewalt, noch heimlich, mit List, oder bloß bittweise überkommen hat, kann der vorige Besitzer auf Wiederherstellung des Besitzes nur insofern klagen, als er ein besseres Recht zum Besitze nachzuweisen hat." Vergl. auch Einl. § 95.

Dieses bessere Recht zum Besitze stellt sich in folgenden Gradationen dar:

1) Der bloße Inhaber kann die seiner Gewahrsam entkommene Sache von demjenigen, der sie ohne allen Rechtsgrund im Besitze hat, zurückfordern. § 162 a. a. O.

2) Der unredliche Besitzer muß immer dem redlichen weichen. § 178.

3) Der einfache Besitzer dem titulirten. § 161.

4) Der titulirte Besitzer dem Eigenthümer. § 175.

Von diesen vier Graden interessirt uns zunächst hauptsächlich der erste; was vom bloßen Inhaber gilt, soll auch wohl gewiß vom wahren Besitzer gelten, wir können demnach sagen, der vorige Besitzer kann die Sache von demjenigen, der sie ohne allen Rechtsgrund im Besitze hat, zurückfordern. Soweit ist Alles klar. Es fragt sich aber, soll der Kläger, der sich bloß auf seinen früheren Besitz stützt, nachweisen, daß der Beklagte ohne Rechtsgrund besitzt, oder genügt es, ihn als gegenwärtigen Besitzer in Anspruch zu nehmen und zu erwarten, ob er einen Rechtsgrund seines Besitzes anzuführen vermöge? Hier beginnen die Zweifel.

Die für diese Lehre vollständig mitgetheilten Vorarbeiten[4]) geben wenig Aufschluß. Sie beginnen mit den Materialien von Klein, von welchen Folgendes hierher gehört (S. 34 flg.):

§ 187. Auch außer diesen Fällen kann der, welcher den

---

4) Simon u. v. Strampff, Materialien des Allg. L. R. zu den Lehren vom Gewahrsam und Besitz. 1836.

Besitz wider seinen Willen verloren hat, der Regel nach auf Wiedererlangung des Besitzes antragen.

§ 158. Hierzu ist auch der bloße Inhaber gegen den verbrecherischen oder rechtlosen Besitzer (praedo) und dessen Stellvertreter befugt.

Kl. Leyser scheint ihm sp. 451 m. 8 mehr Recht einzuräumen. Ich glaube inzwischen, daß ihm durch den folgenden § genug geholfen werde.

§ 189. Wie auch gegen den, der die Sache als herrenlos oder sonst aus einem augenscheinlichen Irrthum in Besitz genommen hat.

Kl. Wenn ein Mantel, den ich geborgt habe, durch Verwechselung in fremde Hände kommt, so bin ich solchen zum Austausch wieder zu fordern vollkommen befugt.

§ 190. Die Wiedererlangung des Besitzes kann nicht gefordert werden, sobald ausgewiesen ist, daß der neue Besitzer ein besseres Recht habe, als der alte.

§ 194. Gegen einen Dritten kann der bloße Inhaber niemals auf Wiedererlangung des Besitzes dringen.

§ 196. Der titulirte Besitzer kann sein Besitzrecht gegen einen jeden geltend machen, der nicht einen älteren oder besseren Titel hat.

Kircheisen (S. 91 flg.) ließ diese Vorschläge im Wesentlichen passiren, fügte aber dem § 194 die Worte hinzu: für sich selbst.

Der hierauf ausgearbeitete „erste Entwurf" (von Suarez oder Klein?), in dessen Vorbemerkungen Suarez über Vermengung des Petitorischen und Possessorischen klagt, nahm von jenen Vorschlägen nur § 190 auf und bestimmte außerdem:

§ 152. Der bloße Inhaber kann die verlorene Sache von dem, welcher dieselbe ohne allen Rechtsgrund in Besitz genommen hat, zurückfordern.

So ging diese Vorschrift in der oben angegebenen Fassung in das Landrecht über. Aus den Monitis zum gedruckten Entwurf (1784—88) ist noch zu bemerken, daß ein Monent (Mon.

2 zu § 107) die Vorschrift verlangte, daß der jüngere dem älteren Besitzer weichen müsse, was aber Goßler als „ganz falsch" bezeichnete; ob die Übrigen und namentlich Suarez diese Ansicht Goßlers theilten, ist nicht zu ersehen.

Im Allgemeinen machen die Vorarbeiten den Eindruck, daß die Redactoren nicht zur gehörigen Klarheit bei diesem Punkte durchgedrungen sind, und zwar hauptsächlich deshalb nicht, weil ihr prozessualisches Princip der Untersuchung die Frage nach der Beweislast verdrängt hatte. Mit Hülfe der Materialien läßt sich also die obige Frage nicht entscheiden, aus den Worten des Gesetzbuchs aber, wie sie liegen, läßt sich sehr wohl folgern, daß der Kläger genug gethan hat, wenn er beweist, daß er die Sache besessen hat. Denn der Beklagte, der sich, ohne den Rechtsgrund seines Besitzes anzuführen, lediglich auf seinen gegenwärtigen Besitz stützt, ist dem Kläger und dem Richter gegenüber in Wahrheit ein Besitzer ohne allen Rechtsgrund[5]). Man beruft sich zwar für die andere Meinung[6]) auf § 179, nach welchem jeder Besitzer die Vermuthung und Rechtmäßigkeit seines Besitzes für sich hat, allein dabei wird übersehen, daß zwei Besitzer einander gegenüberstehen, ein ehemaliger und ein jetziger und daß die Vermuthung für beide, mithin für keinen spricht[7]). Die hier vertheidigte Ansicht steht nicht nur im Einklange mit der anerkannt deutschen Grundlage des Gesetzbuchs, sondern wird auch durch einen Fall spezieller Anwendung bestätigt. Im § 57 Tit. 9 wird nämlich demjenigen, der eine Sache verloren zu haben behauptet, ausdrücklich nur der Beweis abverlangt, daß er sie vorher besessen habe, worauf dann der Finder, wie § 59 vorschreibt, die Sache auch dem vorigen bloßen Inhaber verabfolgen muß. Wenn nun der Verlierer gegen den

5) S. unten § 57, Anm. 1.

6) Bruns, S. 442. — Koch, Recht des Besitzes, S. 300. — Erk. des Ob. Trib. bei Striethorst, Archiv VIII, 8; IV, 150. —

7) Daniels, Lehrbuch des preuß. R. (1851) I, S. 219 flg. No: 65; auch Koch, Bes. S. 298 u. S. 301. — A. M. ist Savigny, Oblig. R. II, S. 156, 157. Vergl. oben § 6 z. A., § 9 und § 32.

gegenwärtigen Besitzer klagt und dieser sich nicht darüber erklärt, ob er die Sache gefunden oder wie er sie sonst bekommen, so wird man dem Kläger schwerlich den Beweis zumuthen, daß der Beklagte die Sache gefunden habe und mithin ohne Rechtsgrund im Besitze sei[8]).

An einer anderen Stelle des Landrechts begegnen wir ebenfalls der Klage des deutschen Rechts.

§ 34, Th. I, Tit. 15. „Sobald der Kläger nachgewiesen hat, daß die — Sache seinem rechtmäßigen Besitze ohne seinen Willen entkommen sei, ist der Beklagte schuldig, seinen Besitztitel anzugeben.“

§ 37. „Wer in den nicht ausgenommenen Fällen seinen Vormann und Besitztitel nicht angeben kann, muß die Sache unentgeltlich zurückgeben.“

Etwas anders drückt sich der § 184 Tit. 7 aus: „Weiset jemand nach, daß ihm der Besitz einer Sache durch Gewalt, List oder Betrug entnommen worden, so ist der gegenwärtige Besitzer den Titel, aus welchem er besitzt, anzugeben verbunden.“

§ 186. „Wer . . . die Angabe seines Besitztitels beharrlich verweigert, ist für einen unredlichen Besitzer zu achten.“

Die Abweichungen sind wohl lediglich als Ungenauigkeit der Redaction anzusehen, weshalb es nicht gerathen erscheint, beide Vorschriften als selbständig einander gegenüberzustellen, man muß vielmehr die eine aus der andern erklären und interpretiren. Aus § 34 also sehen wir, daß der Rechtssatz in allen Fällen des unfreiwilligen Besitzverlustes und nicht bloß in den drei im § 184 genannten zur Anwendung kommt und aus § 184 wiederum, daß das Wort: rechtmäßig im § 34 keine technische Bedeutung hat[9]). Wäre letzteres der Fall, so würde, da der § 10 Tit. 7 die Rechtmäßigkeit auf den Titel bezieht, der Kläger nicht bloß den früheren Besitz und die Art des Verlustes, sondern auch seinen Titel anzugeben haben. Alsdann käme die

8) A. M. ist Savigny, Oblig. R. II, S. 161, A. o.

9) Bornemann, Civ. R. I, § 62.

Sache so zu stehen: hat jemand eine Sache verloren, so genügt der Nachweis, daß er sie vorher besessen (9 § 57); ist sie ihm durch Gewalt, List oder Betrug entzogen, so muß er überdies eine dieser Arten des Verlustes beweisen (7 § 184); ist sie ihm sonst ohne seinen Willen entkommen, z. B. weggeschwemmt, weggelaufen u. s. f., so muß er noch mehr, nämlich auch seinen Titel beweisen (15 § 14). Das hätte in der That wenig Sinn[10]).

Das preußische Landrecht hat also 1) eine Klage aus einfachem ehemaligen Besitze und 2) eine Klage aus Verlust des Besitzes wider Willen; in beiden wird der Beklagte verurtheilt, wenn er seinen Titel nicht angiebt. Für die erste Klage ergiebt sich dies aus 7 § 162, für die letztere aber aus 7 § 186 und § 178, denn, wer seinen Titel nicht angiebt, ist ein unredlicher Besitzer und der unredliche Besitzer soll immer dem redlichen weichen. Wie nun aber, wenn er seinen Titel angiebt? Manche haben gemeint, es genüge die bloße Angabe, jetzt ist man aber wohl fast allgemein darüber einverstanden, daß die Angabe nöthigenfalls auch bewiesen werden muß[11]). Dieser Beweis hat nun der ersten Klage gegenüber ohne Zweifel volle Kraft, 7 § 161 u. 162, im Falle der zweiten Klage aber kann der Beklagte den Kläger damit nicht zurückweisen, er ist dann nur berechtigt, Erstattung des Gegebenen zu verlangen. Dies folgt aus 15 § 37, ist jedoch streitig[12]).

10) Koch hat eine eigenthümliche Ansicht. Daß der § 184 Tit. 7 sich auf die Begründung der Klage bezieht, giebt er zu. Dagegen soll sich § 34 Tit. 15 nur auf den Beweis der Unredlichkeit des Besitzes beziehen. S. die Anmerk. zu diesen §§. Allein daß der Besitzer unentgeltlich herausgeben muß, wenn er seinen Titel nicht angeben kann, versteht sich nach § 25 Tit. 15 von selbst, da der Bekl. nachweisen muß, daß er die Sache durch einen lästigen Vertrag erworben und daß er dafür etwas geleistet oder gegeben, wenn er auf Erstattung desselben Anspruch macht. Das Eigenthümliche des § 34 kann also nur auf die Art der Klagebegründung bezogen werden.

11) Koch, Commentar I, 15 § 34. — Erk. des Ob.Trib. bei Strietborst, XI, 207. — Savigny, Obl. R. II, S. 162 (cf. Placentin, oben § 33 nach Anm. 3).

12) Daniels, Lehrb. I, 219. — Löher, Syst. des preuß. Ldr.

Sollten nun aber diese Ausführungen nicht annehmbar erscheinen, so bleiben doch folgende Sätze als unzweifelhaftes Minimum stehen:

1) Beweist der Kläger, daß er früher besessen hat, der Beklagte aber jetzt ohne Rechtsgrund besitzt, so muß der Beklagte die Sache herausgeben (7 § 162; 9 § 57 u. 59).

2) Beweist der Kläger, daß ihm der Besitz durch Gewalt, List oder Betrug entzogen ist, so muß der Beklagte, der keinen Titel angiebt, die Sache herausgeben, 7 § 184, 186, 178.

Schon diese Sätze, noch viel mehr aber die oben ausgeführten laufen dem römischen Recht entgegen und geben einfach das deutsche Klagerecht. Hierüber hatten die Redactoren sogar volles Bewußtsein, wie aus einer ungedruckten, von Daniels mitgetheilten Bemerkung von Pachaly hervorgeht: „es kommt darauf an, wie der Vindicant um die Sache gekommen ist. Der Unterschied der deutschen und römischen Sätze macht hier nothwendig eine Verschiedenheit bei Beurtheilung der Frage, ob die Sache gültig oder nicht gültig aus den Händen des Klägers gekommen." Erst Daniels hat recht bestimmt auf das germanische Element in dieser Lehre des Landrechts hingewiesen, während andererseits Koch das Verdienst hat, die petitorische Natur dieser Klagen hervorgehoben zu haben[13]), was bei der Revision mehr als bisher geschehen[14]), zu berücksichtigen ist; die ganze Lehre gehört in den Titel, der von Verfolgung des Eigenthums handelt. Wie wenig dies erkannt wird, zeigt auch Bruns, der die Klage S. 441 eine rein possessorische nennt.

Schließlich mögen noch einige Punkte hervorgehoben werden.

1) Der gute Glaube des Klägers ist jederzeit Klagebedingung. Dies folgt aus 7 § 178; 9 § 60 und 15 § 34. Der

---

(1852) S. 271. — Vergl. mit Bornemann, II, S. 273. — Savigny, Oblig. R. II, S. 161.

13) Besitz, § 30.

14) Revid. Entwurf d. bürg. G. B. f. d. preuß. Staaten. 1840—42.

unredliche Besitzer also, dem die Sache ohne seinen Willen abhanden gekommen, hat die Klage nicht. Dies und nichts anderes soll das Beiwort „rechtmäßig" im alleg. § 34 ausdrücken. Anders steht es mit der eigentlichen Besitzklage, gegen Gewalt ist auch der nicht redliche Inhaber geschützt[15]).

2) Daß gegen die Klage aus früherem Besitz die Einrede des Titels durchgreift, ist bereits gesagt; rückt nun aber auch der Kläger mit dem Titel hervor, so siegt der ältere Besitzer, mögen beide denselben oder verschiedene Auctoren haben[16]).

3) Die Einrede der ordentlichen Ersitzung ist auch in Ansehung gestohlener oder geraubter Sachen zulässig, jedoch erst Seitens des zweiten redlichen Besitzers, 9 § 584—86. Vergl. oben § 38, Anm. 32 u. unten § 55 nach Anm. 3.

§ 42.

d. Grafschaft Henneberg.

Der Fürstlichen Grafschaft Henneberg Landesordnung von 1539 (Ausg. Meiningen 1720) bestimmt B. II, c. 2 § 3:

Wo einer den andern um Turbirung beklagte, so sollen die Posseß dem Part, der die ältere Posseß oder quasi beweißt, zugetheilt werden, es erweise denn der jüngere Besitzer die Ankunfft mit der Posseß, alsdann ist er bei der Posseß zu lassen, doch dem älteren Besitzer in Petitorio einen beständigen Titel und Ankunfft anzuzeigen unbenommen.

§ 43.

e. Bayern.

Im Anschluß an das alte bayrische Landrecht (Heumann, S. 103 und 108) verordnet das Bayr. Landrecht von 1576, II, 2 § 9:

---

15) Koch, Bes. S. 34.

16) Koch, Bes. S. 301. — Plathner, Geist des preuß. Rechts II, S. 175. — A. M. ist Savigny, Oblig. R. II, S. 167.

„Hat jemand das Gut einmal rechtmäßiger Weise inne gehabt, hernach aber den Besitz desselben wiederum verloren, so kann er solches von jedem Inhaber, der nicht ein gleiches oder besseres Recht hierzu beweisen mag, vindiciren . . . indem er seines Orts weiter nichts, als die vorhin gehabte rechtmäßige Possession zu beweisen hat, im übrigen hat es mit gegenwärtiger Action die nämliche Beschaffenheit, wie mit obgedachter rei vindicatio.“

Kreittmayr, der Verfasser dieses Landrechts erklärt in seinen Anmerkungen zu demselben, die eine gewissermaßen authentische Interpretation enthalten, II, S. 194 ausdrücklich, daß die verlangte Rechtmäßigkeit des Besitzes nur als probabilis opinio tituli zu verstehen sei, vergl. oben § 34. Wenn in neuerer Zeit die deutsche Auffassung abhanden gekommen ist und rechtmäßig für titulirt genommen wird[1]), so erklärt sich das leicht aus dem immer mehr hervortretenden Einflusse der romanistischen Theorie, wie denn auch Bruns in anderer Beziehung bemerkt, daß die neuere bayerische Theorie und Praxis sich der älteren Auffassungen zu schämen scheine[2]).

Sehr bemerkenswerth ist, daß die petitorische Natur der Klage klar erkannt und dieselbe an die Publiciana angeschlossen ist. Folge davon ist natürlich Reinigung der possessorischen Klagen; die Spolienklage wird unter Beseitigung der Präsumtion beim Klagegrunde gegen den dritten Besitzer nicht zugelassen; II, 5 § 11. Frei von allen Spuren der gemeinen Auffassung sind freilich die Besitzklagen auch nicht, theils wird die Spolienklage wenigstens im Sinne des c. 18 X de rest. spol. (II, 13) gegen den Dritten gestattet, theils wird in der Gerichtsordnung vom Ordinarium gesagt, es solle dabei auf die ältere Possession zurückgegangen und zugleich die Art, wie solche erlangt worden, ordentlich untersucht werden[3]).

---

1) Krüll, Handb. des baier. Rechts. 1807. II, § 420.
2) S. 427, A. 1.
3) Cod. judic. bavar. v. J. 1753; c. 3 § 4.

§ 44.
f. Sachsen.

Daß der sächsische Gerichtsgebrauch die deutsche Klage bewahrt hat und daß die sächsischen Juristen sie nicht als ein particulares Rechtsinstitut, sondern als dem gemeinen Recht angehörig betrachten, ist bereits im § 22 gezeigt. Die sächsischen Landesgesetze enthalten nur wenige Bestimmungen, deren hier zu gedenken wäre. Der Anhang zur erläuterten Prozeßordnung bestimmt § 20, „daß in dem poss. summ. nicht darauf, wer das beste Recht oder auch eine ältere und richtigere Posseß vor sich hat, sondern allein auf das factum possessionis gesehen" werden soll, woraus man denn folgern kann, daß jene Momente ihre Würdigung im Ordinarium zu finden haben, und ein Mandat vom 28. November 1753 bestimmt im § 2, daß „bei geringfügigen Rechtssachen zwischen dem Possessorium und Petitorium kein Unterschied gemacht werden" solle, was die Erhaltung der deutschen Klage begünstigt haben mag. Von größerem Interesse ist es, daß ein amtlicher Entwurf zu einer Gerichtsordnung für die chursächsischen Lande, der unter diesem Titel 1803 im Druck erschienen ist, im Tit. 48 erklärt: „im Possessorium ordinarium oder Petitorium werde die Frage von dem besseren Recht zum Besitze" erörtert, wodurch wir an Frider erinnert werden[1]. Ganz besonders wichtig aber ist es, daß der neueste Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Kgr. Sachsen von 1852 folgende Bestimmungen enthält:

§ 138. „Jeder kann eine Sache bloß aus dem Grunde, weil er sie besessen hat, von demjenigen zurückfordern, welcher sie fehlerhaft von ihm besitzt."

§ 139. „Dasselbe Recht findet statt gegen einen dritten Besitzer, wenn dieser bei Erlangung des Besitzes wußte oder vermuthen mußte, daß sein Vormann die Sache auf fehlerhafte Art besaß, ingleichen gegen denjenigen, welcher die Sache ohne allen Rechtsgrund besitzt."

1) § 22, Anm. 3.

§ 360. „Auch wenn er darthut, daß der Streitgegenstand in Folge eines rechtmäßigen Erwerbstitels auf ihn übertragen worden sei, wird er einem jeden schwächer Berechtigten gegenüber als Eigenthümer angesehen."

Also die Klage aus älterem Besitz mit der Einrede des Titels; es wäre nur zu wünschen gewesen, daß die Klage von den Besitzklagen völlig getrennt und beim Eigenthum im Zusammenhange vorgetragen wäre. Übrigens ist der § 139 dieses so vielfach getadelten Entwurfes, soviel mir bekannt, nicht angefochten worden.

§ 45.

g. Hannover.

Die Prozeßordnung für die Untergerichte des Königreichs Hannover vom 5. October 1827 bestimmt im § 138: „Betrifft der Rechtsstreit den älteren und rechtmäßigen Besitzstand (Possessorium ordinarium), so ist darin zwar nach den Regeln des summarischen Prozesses, jedoch mit genauer Beobachtung aller wesentlichen Punkte eines Rechtsstreites zu verfahren." Weiterhin wird dem Richter aufgegeben, „auch die Entscheidung über das Recht selbst (Petitorium) mit vorzubereiten und insofern dieses dadurch klar geworden sein sollte, sofort über das Recht selbst zu erkennen." Die bürgerliche Prozeßordnung vom 8. Nov. 1850 berührt den älteren Besitz nicht, schließt alle Behauptungen, die sich auf den Rechtsstand beziehen, vom Besitzprozeß aus und verbietet die Kumulation gänzlich; auch soll im Besitzprozeß nie über das Recht selbst erkannt werden, § 505, 506. Diese neueren Bestimmungen sind also nur prozessualischer Natur und haben den Vorzug des älteren Besitzes, der materieller Natur ist, nicht aufgehoben.

§ 46.

h. Schwarzburg Sondershausen.

Die dortige Prozeßordnung vom 20. Februar 1834 nennt in den Art. 112 flg. den ordentlichen Besitzprozeß denjenigen, der

sich auf die Behauptung stütze, daß der Besitz des Klägers den Besitz des Beklagten durch Alter und Rechtmäßigkeit übertreffe und will ihn nicht summarisch verhandelt haben[1]).

§ 47.

i. Schleswig=Holstein.

Die schleswig-holsteinische Verordnung vom 13. Januar 1797 bestimmt in den § 4 u. 10, daß die Vorzüglichkeit des älteren Besitzes oder die gesetzmäßige Erwerbung des Besitzes in possessorio ordinario zu berücksichtigen sei und zwar sowohl in retinenda als in recuperanda possessione[1]). In Bezug auf gestohlene Sachen genügt es, wenn der Kläger sich als Eigenthümer legitimirt[2]).

§ 48.

k. Oesterreich.

Oesterreich ist hier nur deshalb zu erwähnen, weil der § 352 des bürg. G. B. die an die possessio civilis der Italiener erinnernde Bestimmung hat: „So lange noch Hoffnung vorhanden ist, eine verlorene Sache zu erhalten, kann man sich durch den bloßen Willen in ihrem Besitze erhalten.“ Doch ist von diesem Satze für die Lehre vom Schutz des Eigenthums und des Besitzes kein Gebrauch gemacht, vielmehr sind Vindication, Publiciana und Interdicte wesentlich im Sinne des römischen Rechts behandelt. Das Ordinarium und die Spolienklage in ihrer älteren Gestalt sind unbekannt und auch durch die Verordnung vom 27. October 1849 über das Verfahren in Besitz=

---

1) Die Gothaer Ver. v. 12. Oct. 1837 schließt § 67 in poss. summ. die auf älteren und besseren Besitz gerichteten Einwendungen aus, woraus man wohl auf deren Zulässigkeit in poss. ord. schließen kann.

1) Falk, Handb. des schleswig=holsteinschen Privatrechts, IV, S. 53, 54.

2) v. Steman, Schleswigs Recht (1855) S. 57. Ähnlich der Entwurf des Provinzialrechts für Neuvorpommern und Rügen, I, § 273.

16*

störungsstreitigkeiten nicht berührt, wenn auch im § 5 daselbst vom Summariissimum im Gegensatze zum Verfahren über „ein stärkeres Recht zum Besitze", womit wohl die Publiciana gemeint wird, die Rede ist.

5. Rechte verwandter Völker.

§ 49.

a. Frankreich nebst Rheinland, Baden und Sardinien.

Das ältere Recht beruht theils auf besonderen Gewohnheiten, theils auf der italienischen Praxis, welche bei Klagen wegen Entziehung des Besitzes fast vollständig zur Anwendung kam[1]). Eine auffallende und wesentliche Veränderung kam durch das Rechtsbuch des Beaumanoir vom Jahr 1283 in die Lehre vom Besitzschutz. Der Kläger muß nämlich nachweisen können, daß er mindestens ein Jahr lang besessen hat. Dieser Annalbesitz, dessen auch Cujacius gedenkt[2]), galt unbedingt bei Klagen wegen Störung, bei Anwendung desselben auf Klagen wegen Entziehung des Besitzes schwankten Gesetzgebung, Doctrin und Praxis. Seit der Prozeßordnung Ludwig's XIV. vom Jahr 1667 wurde diese Anwendung allgemein und ging so in den Code über[3]).

Wichtiger für den vorliegenden Zweck ist die Lehre des französischen Rechts hinsichtlich der Mobilien, denn jene Besitzklagen gelten nur für Immobilien. Daß die Vindication von Mobilien fast ganz ausgeschlossen, ist zwar ein starker Beweis für die germanische Grundlage des französischen Rechts, gehört aber noch nicht unmittelbar hierher. Dagegen interessiren um so mehr die Ausnahmen von dieser Regel:

1) Bruns, S. 365, 366.

2) Paratitla in Cod. tit. Uti poss.

3) Code de proced. art. 23. Bruns, S. 366, 367, 447, 448. Vergl. unten § 58, Anm. 8.

Code civ. art. 2279. En fait de meubles, la possession vaut titre.

Néanmoins celui qui a perdu ou auquel il a été volé une chose, peut la revendiquer pendant trois ans, à compter du jour de la perte ou du vol, contre celui dans les mains duquel il la trouve, sauf à celui-ci son recours contre celui duquel il la tient.

Also, wer eine Sache verloren hat, oder wem sie entwendet worden, kann sie revendiquer. Was heißt das? Muß der Kläger sein Eigenthum und außerdem eine der genannten Arten des Verlustes beweisen, oder genügt es, wenn er nur den Diebstahl oder das Verlieren beweist? Zachariae schweigt darüber, Renaud dagegen ist nicht zweifelhaft, daß letzteres genügt[4]), und gewiß mit vollem Recht. Wir haben hier in der That nichts anderes, als die reine dingliche Klage des deutschen Rechts, welche lediglich auf älterem Besitz beruhet und hier nur wegen des Grundsatzes: Hand wahre Hand einen Zusatz dahin bekommen hat, daß auch der unfreiwillige Verlust zu beweisen ist, welcher dann als das einzige Klagefundament erscheint, weil er den ehemaligen Besitz von selbst in sich schließt. Der Code Napoléon steht hier im directesten Zusammenhange mit dem altfranzösischen Recht, wie es uns z. E. die Assisen von Jerusalem vorführen.

Basse Court 266:

Cil avient par aucune aventure que aucun aveir (Habe) soit emble (entwendet) et celuy aver est puis troves sur aucun home ou sur aucune feme, et on demande a celuy sur qui lon trouve la chose: „ou preistes vous ceste chose“ et celuy dit „je lachetais“, et celuy dit „de qui lachetastes vous“, et il dist quil nel counut mie celuy de qui la achetee: la raison juge et coumande a juger, que se celuy de qui la chose fu emblee peut mostrer par II baus garens qui jurent

---

4) Zeitschr. f. Gesetzgebung des Auslandes, XVII, S. 156. — Vergl. Bluntschli, Privatrecht, § 73, 4 A.

sur Sains que il aient veu saisi et tenant de celuy aver, et quil li ait este emble, il det recouvrer la chose, par ce que celuy qui demande la chose qui li a este emblee det jurer sur Sains que celuy aver li a este emble, et quil ne le vendy ni donna ni engaia ni presta, mais que enci la perdre par larecin si come il la dit, et autant det recouvrer tout son aver ou se chose quitement. Et puis est tenus celuy sur qui on a trouve la chose de jurer sur Sains, que il celuy aver ne embla, ne consentant ne fu de lembler, ne que de larron ne lacheta a son essient, et que se il peut veyr ne counnoistre celuy qui li vendy la chose, quil le metera a cort a son poier.

Daß der Art. 2279 die Fälle des unfreiwilligen Besitzverlustes so bestimmt bezeichnet, hat die Praxis, der nothwendig ein weiterer Spielraum gelassen werden muß, oft in Verlegenheit gesetzt und zu spitzfindigen Ausführungen Veranlassung gegeben, mit denen man dem ungebührlich einschränkenden Gesetze auszuweichen suchte. So hat der Appellhof von Cöln bei eigenmächtiger Wegnahme, die nicht grade Diebstahl war und bei Verpfändung Seitens eines Stellvertreters im Besitze die Rückforderung zugelassen[5]), wie denn auch z. B. Troplong und Toullier für Ausdehnung auf weggeschwemmte Sachen u. s. f. sind[6]).

Aus dieser Seltenheit der Klage erklärt es sich auch wohl, daß die Theorie derselben hinsichtlich des Klagegrundes und namentlich hinsichtlich der Einreden fast gar nicht ausgebildet ist. In Ansehung der Grundstücke kennt man die auf älterem Besitz beruhende gegen den dritten Inhaber gerichtete Klage nicht, nicht einmal die Publiciana ist in den Code aufgenommen, obwohl Manche ihre Gültigkeit auszuführen suchen.

Das Badische Landrecht von 1809 ist eine Übersetzung

---

5) Archiv f. Civ. u. Crim. R. d. pr. Rheinprovinz; 23. S. 128; 29. S. 146.

6) Zachariae, Handb. des franz. Civ. R. 4. Ausg. § 215[a], der selbst möglichst einschränkt.

des Code, enthält aber einige Zusatzartikel, von denen einer, nämlich 544e hier interessirt, er lautet:

Der Besitz hat alle Wirkungen des Eigenthums zu Gunsten des wirklichen Besitzers gegen jeden, gegen den man nicht wegen der befragten Sache in Vertragsverbindlichkeiten steht, oder der nicht einen stärkeren Besitz oder ein stärkeres Recht zur Sache geltend machen kann. Der stärkere Besitz findet nur bei liegender Habe statt und steht demjenigen zu, der vor dem Andern die Sache wenigstens ein Jahr lang ungestört aus einem Rechtsgrunde, der die Meinung eines Eigenthumserwerbes begründen kann, ruhig inne hatte, sie durch Eigenmacht des Andern oder derjenigen, deren Rechtsfolger dieser ist, verlor und die verlorene Innehabung vor Ablauf eines Jahres verfolgt.

Eine wunderbare Vermischung aller möglichen Rechte und Anschauungen, deren eigentlichen Sinn der Verfasser selbst schwerlich würde anzugeben wissen[7]). Bezieht man die Eingangsworte lediglich auf den gegenwärtigen Besitzer, wie Bruns, S. 455 A. 1, so ist der Artikel durch die Prozeßordnung von 1832, welche die Besitzklagen im Sinne des französischen Rechts selbständig behandelt hat, aufgehoben. Könnte man aber, was freilich zweifelhaft, den ersten Satz des Artikels auch auf den ehemaligen Besitz beziehen, so würde derselbe die dingliche Klage des deutschen Rechts enthalten und insoweit noch gelten.

Das Sardinische Gesetzbuch von 1845 hat fast wörtlich den obigen Artikel des Code (Art. 2411), nur lautet der erste Absatz: En fait de meubles la possession vaut titre en faveur des tiers; auch ist eine Einschränkung gemacht in Betreff des Finders, der die ihm obliegenden Pflichten erfüllt.

§ 50.

b. England.

Das englische Recht hat, soweit eine nur flüchtige Bekanntschaft mit demselben ein Urtheil zuläßt, große Ähnlichkeit

7) Mittermaier, Beiträge IV, S. 310.

mit dem Zustand, wie wir ihn in Italien und in Deutschland bis zur Mitte des vorigen Jahrhunderts kennen gelernt haben. Man unterscheidet petitorische und possessorische Klagen, letztere aber haben eine doppelte Function, indem sie nicht bloß das Recht des Besitzes, sondern auch das s. g. Recht zum Besitze, welche Begriffe in dem gemeinsamen Ausdruck: right of possession zusammengefaßt werden, schützen, und insoweit gegen den dritten Besitzer gehen. Die Besitzklagen dieser Art unterscheiden sich wenig von den petitorischen Klagen. Es wird daher gesagt, der Eigenthümer habe eine Menge Rechtsmittel gegen den Besitzer, der ihm die Sache vorenthält; insbesondere nimmt man auch an, daß das right of possession bei dem Besitzer im Fall einer Entsetzung zurückbleibe und eine Klage hervorbringe. Zur Begründung einer solchen possessorischen Klage und, wie es scheint, auch der petitorischen Klage kann schon die Behauptung genügen, daß der Kläger oder seine Vorfahren im Besitze gewesen seien. Erst wenn der Beklagte seinen Titel dargethan, hat der Kläger nöthig, mit dem seinigen hervorzutreten. Es wird dann für den entschieden, der das bessere Anrecht erweist, wobei viel Gewicht darauf gelegt wird, ob eine Partei schon als Erbe im Besitz ist oder gewesen ist. Der Hauptunterschied zwischen den s. g. possessorischen Klagen dieser Art und den petitorischen scheint der zu sein, daß letztere in 60 Jahren, erstere aber in kürzerer Zeit verjähren.

Dies ist der Eindruck, den die Darstellung von Blackstone II, 13 und III, 8—12 im Allgemeinen macht, jedoch bin ich nicht im Stande, die Richtigkeit bestimmt zu verbürgen, da mir das englische Recht fremd und diese Materie grade besonders schwierig und verwickelt ist. Wenn ich dennoch eine Hinweisung auf das englische Recht nicht unterlassen habe, so ist es hauptsächlich in der Hoffnung geschehen, Kundigeren eine Anregung zu geben und die Aufmerksamkeit hierauf zu lenken. Indessen ist es doch auch schon jetzt möglich, hinsichtlich der Hauptpunkte einige nähere Nachweisungen zu geben.

Daß der Eigenthumsschutz auf dem Princip der Relativität

beruht, scheint unzweifelhaft zu sein. Chitty schildert dasselbe in einer einleitenden Bemerkung zu Buch III, Kap. 10 von Blackstone in seiner Ausgabe der Commentarien ziemlich unzweideutig, indem er bemerkt, daß die Vertheidigung des Beklagten auf verschiedenen Graden und Präsumtionen beruhe und daß in dem Verhältniß, als die Präsumtion an Kraft gewinne, sein Anspruch stärker werde, hiernach sei dann auch abzumessen, wieweit der Kläger in seinen Beweisen gehen müsse. Daß nun aber der ältere Besitz die erste Stufe der Relativität bildet, ist weniger sicher; es kann jedoch dafür namentlich das writ of assise angeführt werden, von welchem Blackstone III, 10 sagt: so ist die assise eine Realklage, welche den Titel des Klägers beweist indem sie lediglich den Besitz des Klägers oder seines Erblassers beweist. Freilich war diese Klage schon zu Blackstone's Zeit außer Gebrauch, er bemerkt aber, daß die an die Stelle dieser und anderer Rechtsmittel getretene action of ejectment auf demselben Princip, wie diese assise beruhe und damit stimmt Rüttimann[1]) überein, welcher S. 142 in der Anm. sagt: „wenn es sich um Besitz oder Eigenthum an Grundstücken handelt, so benennt der Kläger in der Declaration das Rechtsverhältniß, auf welches er sich stützt, gar nicht, da im Falle einer action of ejectment die Klageschrift aus lauter Fictionen zusammengesetzt ist; hingegen der Beklagte kann in den Fall kommen, irgend ein Rechtsverhältniß als Grund einer Einrede zu plädiren." Ich weiß nicht, ob ich auch noch auf ein Formular Bezug nehmen kann, welches Blackstone im Appendix V zum Buch II mittheilt. Dasselbe betrifft zwar nur eine veraltete Form der Eigenthumsübertragung an Grundstücken in Gestalt eines fingirten Prozesses, indeß ist doch wohl der Schluß gerechtfertigt, daß man die Fiction nach dem Vorbild des wirklichen Verfahrens eingerichtet habe und so kann jenes Formular als Beweisstück benutzt werden, namentlich ist es geeignet, den Zusammenhang des englischen Verfahrens mit dem des älteren deutschen Rechts

1) Der englische Civilproceß. 1851.

auf interessante Weise anschaulich zu machen. Es klagt nämlich Francis Golding gegen David Edwards auf Herausgabe von Grundstücken und stützt die Klage darauf, daß sie sein Erbgut und er selbst im Besitze derselben gewesen sei, der Beklagte aber solche nur in Besitz genommen, nachdem Hugh Hunt den Kläger unrechtmäßig in den letzten dreißig Jahren aus dem Besitz vertrieben. Dav. Edw. fordert B. zur Gewährleistung auf. B. ist gegenwärtig und nun erhebt der Kläger gegen ihn, „durch die übernommene Gewährleistung selbst Besitzer", die nämliche Klage. B. fordert M. zur Gewährleistung auf. M. ist gegenwärtig und nun erhebt der Kläger gegen ihn, „durch die übernommene Gewährleistung selbst Besitzer", die nämliche Klage. M. bestreitet die Entsetzung des Klägers durch Hugh Hunt und stellt dies zur Entscheidung von Genossen. Im neuen Termin bleibt M. ungehorsam aus und nun wird erkannt: daß besagtem F. G. der Besitz der gedachten Grundstücke von D. E. — dem ursprünglichen Beklagten — zu ertheilen, daß letzterem von B. und dem B. von M. der Werth derselben zu ersetzen sei.

Bemerkenswerth ist noch, daß auch die außergerichtliche Besitzergreifung vorkommt, eine symbolische Handlung, die aber nur auf Jahr und Tag gültig ist und deshalb jährlich erneuert werden muß[2]), was wiederum an das germanische Recht erinnert[3]).

§ 51.

c. Dänemark.

Das dänische Recht gestattet dem früheren Besitzer die Vindication, wenn er ein Recht auf die Sache selbst oder wenigstens

---

2) Blackstone, III, 10 ad No: I.

3) Richtst. Ldr. 27: nach dem das du all jar gleich unter im geclagt best vor gerichte. — Sächs. Lehnr. 22 § 4: die sal sine klage jarliks vernien. — Brünner Schöffenbuch, 329: annis singulis sub protestatione solemni coram judicio publicare.

eine bonae fidei possessio, die im Verhältniß zum Gegner dem Recht gleich zu achten ist, darthut[1]).

§ 52.

d. Die Schweiz.

Die Berner Satzung bestimmt unter 611: Auf eine entwendete Sache kann Niemand einen gültigen Titel erwerben, bis sie wieder in den Besitz desjenigen gekommen ist, dem sie entwendet worden. Dieser hat das Recht, jeden Inhaber derselben zu der Auslieferung der ihm entwendeten Sache anzuhalten. Wörtlich ebenso lautet das Luzerner Gesetzbuch, 258.

Zur Begründung der Klage gehört also nur die Behauptung des früheren Besitzes und der Entwendung. Anders das neue Zürcher Gesetzbuch, § 516:

Der redliche und zugleich rechtmäßige Besitzer hat, insofern das seinem Besitz entsprechende Recht durch eine dingliche Klage geschützt wird, eine dieser nachgebildete dingliche Besitzrechtsklage gegen jeden, welcher ihm ... die Sache — vorenthält. § 517: Hat der Beklagte ein gleiches oder besseres Besitzrecht an der Sache, so ist die Klage ihm gegenüber unwirksam.

Indem also das Zürcher G. B. aus dem ehemaligen Besitze auch im Falle der Entwendung keine Klage giebt, denn der rechtmäßige Besitzer ist nach dem Sprachgebrauch desselben der titulirte Besitzer, schließt es sich dem römischen System an. Vergl. auch § 507.

V. Übersicht des Bisherigen und Übergang zum Folgenden.

§ 53.

1. Geschichte der Fortdauer.

Die Geschichte der dinglichen Klage des deutschen Rechts mußte, da sie bald unter diesem bald unter jenem Namen auftritt, zunächst in einer getrennten, die Übersicht erschwerenden

1) Falk a. a. O. IV, § 11 u. 12.

Darstellung vorgeführt werden. Jetzt ist nun die Aufgabe, ein Gesammtbild des geschichtlichen Verlaufes ohne Rücksicht auf die jedesmalige Einkleidung der Sache zu geben.

Daß nun die verschiedenen Namen, welche man zu verschiedenen Zeiten der Klage gegeben hat, in der That nur Namen sind und daß die Sache, der wir begegnen, überall dieselbe ist: das kann nach den gegebenen Beweisen nicht mehr für zweifelhaft gelten, jedoch wird es nicht überflüssig sein, in dieser Richtung noch auf gewisse sehr bezeichnende Umstände aufmerksam zu machen.

Es wird also behauptet, daß das Remedium ex canone Redintegranda (Spolienklage) und das Interdictum uti possidetis (Possessorium ordinarium) identisch gewesen seien. Von selbst versteht es sich, daß diese Identität nicht als absolute aufzufassen ist; insofern jenes gegen den Entsetzer und dieses gegen den Störer unmittelbar angestellt wurde, waren und blieben beide Rechtsmittel verschieden, insofern sie aber gegen den dritten Besitzer gestattet wurden, hatten sie schlechthin denselben Inhalt. Die Wissenschaft kam darüber in einem gewissen Grade auch zum Bewußtsein, indem nicht nur anerkannt wurde, daß das Interdictum uti possidetis zuweilen eine recuperatorische Natur annehme, sondern auch ohne Umschweif ausgesprochen wurde, daß man zwischen beiden Rechtsmitteln die Wahl habe und mit jedem zu demselben Ziel gelange. Angelus de Ubaldis sagt:

> pro naturali (sc. possessione), qua privatus est, habet I. U. V. Item pro eadem habet I. U. P. considerato quod turbatur dominus in sua civili per dictam naturalem .... et sic competeret mihi auxilium duplex[1]).

In der Theorie blieben jedoch beide Interdicte streng geschieden, wie dies auch in Betracht ihrer sonstigen wirklich ver-

---

1) Super Codice ad tit. U. P. — Vergl. Innocenz zu c. 9 X de proba. (2, 19) No: 6 (oben S. 123 abgedruckt). — Petri Pauli Parisii Consilia, IV, c. 126. — Alciat, de Praesumt. pr. XXI, No: 14. —

schiedenen Functionen nöthig war. In Bezug auf die übrigen hierher gehörigen Klagen wurde die Identität weniger ausgesprochen als vorausgesetzt. Sie ergiebt sich indeß zur Genüge aus der Dogmenbildung, die überall die nämliche ist, immer wird dem früheren Besitzer, sei es um seines früheren Besitzes oder sei es um des unfreiwilligen Besitzverlustes willen, eine Klage auf Herausgabe gegen den gegenwärtigen Besitzer, als solchen, gestattet, dem dann, mag die Klage so oder anders genannt sein, immer dieselben Einreden zu Gebote stehen, wie denn auch bei den verschiedenen Rechtsmitteln immer wieder dieselben Controversen hervortreten. Dabei ist nun merkwürdig — und dies soll hier namentlich hervorgehoben werden —, daß man bei Feststellung eines Lehrsatzes oder Behandlung einer Controverse so verfuhr, als ob keine Verschiedenheit unter den einzelnen Rechtsmitteln bestünde, indem die Aussprüche der Gerichte und der Rechtslehrer ganz ohne Rücksicht darauf benutzt werden, ob sie den zu erhärtenden Satz für die vorliegende oder für eine andere Klage angenommen hatten. Es herrschte also ein stillschweigendes Einverständniß über die Identität der hierher gehörigen Rechtsmittel. So sagt Bartolus bei Gelegenheit der Frage, ob der Bestohlene, als solcher, gegen den redlichen Erwerber der Sache auf Rückgabe derselben klagen könne, die Glosse und Innocenz hätten hierüber die nämliche Meinung gehabt, obwohl erstere in der citirten Stelle von dem Remedium ex L. Si coloni und letzterer von dem Remedium ex canone Red. ganz im Allgemeinen spricht[2]). Jo. Faber führt in Betreff der Frage, ob der Kläger beim Int. U. P. genug gethan habe, wenn er ehemaligen Besitz nachweise, als entscheidend dasjenige an, was Hostiensis in Betreff der condictio ex canone gelehrt[3]). Alexander Tartagnus beruft sich zum Beweise des Satzes, daß beim Rem. ex can. Red. der jüngere

2) Zu L. 12 § 2 D. de cond. furt. (13, 1) No: 3; zu L. 15 D. de a. poss.; zu L. 19 D. de hered. petit. (V, 3).

3) Zu § 4 I. de interd. (4, 15), No: 21.

Besitzer gegen den älteren unterliege auf Bartolus, der dies vom Int. U. P. lehrt[4]). Mevius stützt das judicis officium auf c. 9 X de prob. (2, 19)[5]), welches sich als ein Fall des Int. U. P. giebt und Wernher nennt, indem er behauptet, daß beim Int. Salvianum der Nachweis des Besitzes Seitens des Verpfänders genüge, als Gewährmann Gaill, der dies von der actio hypothecaria lehrt[6]). Diese Beispiele ließen sich ins Unendliche vermehren.

Es ist somit nicht nur an sich gerechtfertigt, sondern auch ganz im Geiste der älteren Rechtslehrer gehandelt, wenn fortan nur die Sache ins Auge gefaßt, der Name des Rechtsmittels aber als etwas Zufälliges behandelt wird.

Auf diesem Standpunkte ist der geschichtliche Verlauf folgender. Die germanische Rechtssitte, welcher die Klage ihren Ursprung verdankt, erhielt sich der römischen Wissenschaft zum Trotz, und machte sich so energisch geltend, daß sie sich Anerkennung erzwang, aber in sehr eigenthümlicher Weise, denn ihre germanische Abkunft wurde verkannt. In den ersten Zeiten des Zusammenstoßes beider Rechte hielt man sie für römisch. Dies ist die Auffassung der Glossatoren des römischen Rechts. Eine ausgebildete Theorie der Klage findet man zwar bei ihnen nicht, denn die Wissenschaft bemächtigte sich erst nach und nach des bestehenden ungeschriebenen Rechts, wohl aber haben sie die Grundlage, auf welcher später die Theorie gebaut wurde: die civilis possessio im Sinne der germanischen Gewere. Ferner kommt bei ihnen schon die Präsumtion zu Gunsten des älteren Besitzers vor, welche demnächst so wichtig für die weitere Ausbildung wurde; Advokaten, so wird berichtet, hatten sie aufgebracht, ein Hinweis auf den Ursprung in der Rechtssitte. Diese Vermuthung kommt in mehrfacher Gestalt vor: 1) als Vermuthung des Eigenthums aus ehemaligem Besitze bei Placenti-

4) I. cons. 51, No: 1.
5) VIII. dec. 383, No: 12.
6) II. obs. 477 u. 484. —

nus (§ 32 Anm. 16); 2) als Vermuthung des gegenwärtigen Civilbesitzes aus älterem Naturalbesitze und als Vermuthung der Fehlerhaftigkeit des jüngeren Besitzes im Interdictum uti possidetis ebenfalls bei Placentinus sowie bei Jacobus Balduini (§ 21 Anm. 2 u. 3). Die Accursische Glosse mißbilligt sie entschieden in der ersteren Gestalt, nicht aber in der letzteren, von welcher sie sogar eine wenn auch beschränkte Anwendung macht. Endlich tritt aber auch schon die Klage als solche auf. Roffredus und Hugolinus kennen sie theils unter dem Namen des judicis officium, theils als Remedium ex Lege Si coloni, die Accursische Glosse aber als Interdictum uti possidetis, als Remedium ex Lege Si coloni und in Anwendung auf die hypothecarische Klage.

Von eingreifender Wichtigkeit ist das canonische Recht. Unter dem Namen des Int. U. P. ließ Pabst Innocenz III. in einer berühmten Entscheidung (c. 9 X de prob.) der Klage gesetzliche Anerkennung zu Theil werden, doch störte die falsche Einkleidung das richtige Verständniß, auch fehlte es nicht an Widerstand auf Grund des römischen Rechts, hieraus erklärt sich, daß derselbe Innocenz in einem ebenfalls berühmt gewordenen Erlasse der Klage unter dem Namen des Interd. unde vi die volle Wirksamkeit nicht angedeihen ließ (c. 18 X de rest. spol.). Vielleicht deshalb oder weil alle bisherigen Versuche, der Klage eine Grundlage im geschriebenen Recht aufzusuchen, nicht genügend erschienen, sah man sich nach einem anderen Anhalt um und machte in der ersten Hälfte des 13. Jahrhunderts die Entdeckung, daß der Canon Redintegranda, welchen Gratian aus dem Pseudo-Isidor in das Decret aufgenommen hatte, eine sehr passende Handhabe darbiete. Die Glosse zum Decret ist es, welche diesen nicht glücklichen aber sehr folgenreichen Gedanken enthält, ebendort beginnt nun auch die Dogmatik der Klage sich zu entwickeln. Für diese ist von hervorragender Bedeutung Pabst Innocenz IV. als Commentator der Decretalen, welcher theoretisch zwar schwankt, ob er die ältere oder neuere Begründung der Klage vorziehen soll, praktisch aber mit großer Sicherheit

auftritt und es vermöge seines großen Ansehns durchzusetzen weiß, daß jene Präsumtion, die er übrigens auch im Interdictum uti possidetis kennt (§ 21 nach Anm. 17), für das Remedium ex canone Redintegranda zur Anerkennung gelangt, wodurch sie ihre dritte Gestalt, nämlich als Vermuthung der Spoliation, erhielt. Dies war für die Theorie des Klagegrundes von wesentlicher Bedeutung. Indessen ging es doch nicht ohne Kampf ab, Durantis berichtet, daß die Zulassung der Klage aus älterem Besitz und der Präsumtion eine Controverse gewesen sei und ist seinerseits so unsicher, daß er die Klage an einer Stelle, wo er sie condictio sine causa vel ex injusta causa nennt, verwirft, an einer anderen Stelle aber als condictio ex Lege quum quaerebatur zuläßt[7]). Erst der Auctorität des Bartolus gelang es, der neuen Lehre für eine alte Sache den Sieg vollständig zu verschaffen. Er kennt die Klage unter verschiedenen Namen: als judicis officium, als Rem. ex L. Si coloni, als condictio triticaria, als cond. ex L. quum quaerebatur, als cond. ex can. Red., hauptsächlich aber als Interdictum uti possidetis.

Inzwischen hatte auch die Particulargesetzgebung die Sache in die Hand genommen. Friedrich II. erließ für Neapel und Sicilien ein eigenes Gesetz über die Klage und die italienischen Stadtrechte nahmen sie auf.

So wirkte denn Alles zusammen, um der Klage des deutschen Rechts der Wissenschaft des römischen Rechts gegenüber ein sicheres Fundament und zugleich eine reiche Dogmatik zu geben, und um die Mitte des 14. Jahrhunderts hatte sie auch in der Theorie diejenige Bedeutung erlangt, welche ihr als der dinglichen Universalklage der Praxis gebührte. Nun stellte sich auch allmälig als vorherrschender Name der des Remedium ex canone Redintegranda fest, gelegentlich nur wird die Klage als Int. U. P. oder unter anderem Namen geltend gemacht, indessen ließ die Theorie keinen dieser Namen untergehen, fügte vielmehr

7) § 21, Anm. 18; § 30 und § 24, Anm. 22.

noch einige hinzu, so daß bei Maranta und Menochi ein wahres Arsenal von Rechtsmitteln sich vorfindet, deren wesentliche Bedeutung darin liegt, Einkleidungen der deutschen Klage zu sein.

So kam die Sache nach Deutschland, wo der Vorzug des älteren Besitzes im einheimischen Recht einen fruchtbaren Boden für das Remedium ex canone Redintegranda darbot, welches bis zur Mitte des vorigen Jahrhunderts in voller Blüthe stand. Gleichen Schritt mit der Theorie ging die Gesetzgebung. Die Diebstahlsklage der Carolina, die Klagen aus älterem Besitz oder wegen unfreiwilligen Besitzverlustes, wie sie im Lübischen und Hamburger Recht vorkommen, des Possessorium ordinarium der Grafschaft Henneberg u. s. f. sind nur verschiedene Formen für denselben Inhalt. Als die Angriffe gegen den Canon Redintegranda an Kraft und Umfang zunahmen, fing man an, nach anderen Stützen sich umzusehen. Mevius versuchte an das judicis officium anzuknüpfen, bedeutungsvoller war, daß Kreittmayr und das bairische Landrecht den Sitz der Lehre in die Publiciana verlegten, entscheidend aber, daß die Praktiker, namentlich die sächsischen, nachdem ihnen der Can. Red. genommen war, wieder auf das Interdict zurückgingen, jedoch in weit freierer Weise als die Italiener es benutzt hatten. Nach dem Vorgange der Niederländer behaupteten sie, daß das Possessorium ordinarium ein selbständiges, dem modernen Recht angehöriges, auf älterem Besitz beruhendes wesentlich recuperatorisches Rechtsmittel sei und weder Böhmer noch Savigny haben dieses Ordinarium ganz verdrängen können. Das preußische Landrecht setzte die deutsche Klage an die Stelle der Publiciana und schloß sich in der Lehre von der Vindication gestohlener u. s. w. Sachen an die Carolina und das Lübische Recht an. Der Code kennt die Klage aus unfreiwilligem Besitzverlust und deutsche Prozeßordnungen aus den zwanziger und dreißiger Jahren dieses Jahrhunderts billigen den Vorzug des älteren Besitzes beim Interdict. Nicht minder hat sich die Klage in den Nachbarländern erhalten.

In dem hervorgehobenen Umstande, daß die Klage, sobald man sie aus einer Stellung verdrängt hatte, sofort eine andere zu gewinnen und die Wissenschaft über ihr Fortbestehen gleichsam zu täuschen wußte, zeigt sich eine merkwürdige Zähigkeit der Rechtssitte, auch das Verhalten der Particulargesetzgebung ist in dieser Beziehung bezeichnend. Das Landrecht des Herzogthums Preußen von 1685 und das bairische Landrecht von 1756 fallen in eine Zeit, in welcher die Spolienklage wankte und dem Falle nahe war. Beide verlassen daher dies morsche Gebäude und versagen die Spolienklage gegen den dritten Besitzer. Beide aber geben deshalb die Klage aus älterem Besitz nicht auf, ersteres flüchtet mit derselben in das Ordinarium und letzteres in die Publiciana[8]).

§ 54.

2. Klagegrund.

In Ansehung des Klagegrundes zeigt schon das germanische Recht einen bemerkenswerthen Gegensatz. Der Kläger stützt sich bald einfach auf älteren Besitz bald auf Verlust des Besitzes wider Willen. Letzteres war schon um deshalb vorherrschend, weil bewegliche Sachen überhaupt nur unter dieser Bedingung vindicirt werden konnten. Das gemeine Recht verwarf die Rechtsregel: Hand wahre Hand, um so wichtiger wurde der Gegensatz, der dann auch sogleich hervortritt. Die Glosse zum Decret sieht den Klagegrund in der injusta causa des Besitzverlustes, nach einer anderen Meinung, welche schon in der Praxis des 12. Jahrhunderts vorkommt, von Placentinus und anderen Glossatoren gebilligt, später aber hauptsächlich von den Canonisten Innocenz und Hostiensis vertheidigt wird, ist der Klagegrund lediglich im älteren Besitz zu suchen (§ 21 und 24). Diese zweite Meinung wurde theoretisch durch Präsumtionen gerechtfertigt. Der Unterschied ist praktisch sehr wichtig. Ehe-

8) Preuß. Ldr. C. III, Tit. 5 Art. 3 § 11, vergl. mit Art. 2 § 1 u. 2 u. Art. 3 § 4. — Bair. Ldr. II, 5 § 11, vergl. mit II, 2 § 9. —

maliger Besitz ist in der Regel nicht grade schwer zu beweisen, umgekehrt steht die Sache, wenn Kläger nachweisen soll, daß ihm die Sache geraubt, gestohlen ist oder daß er sie verloren hat. Meine Nachbarn werden bezeugen können, daß ich eine Sache besessen habe, aber nichts davon wissen, wie ich den Besitz eingebüßt habe, das wird sogar häufig mir selbst unbekannt bleiben. Diese praktische Rücksicht brach denn auch der Präsumtion Bahn; die Ansicht des Innocenz wurde die vorherrschende, ohne indeß die entgegenstehende ganz zu verdrängen. In der Praxis half man sich einfach. Hatte der Kläger Beweis des unrechtmäßigen Besitzverlustes angeboten, so wurde er erhoben, hatte er sich lediglich auf älteren Besitz gestützt, so war man auch zufrieden. Wir finden daher beide Auffassungen bei denselben Schriftstellern, ohne daß das Vorhandensein einer Controverse constatirt wäre und wo sich etwa dieser Gesichtspunkt geltend machen will, wird er sofort zurückgedrängt und verwischt. In derselben Lage blieb die Sache anfangs in Deutschland. Für das Remedium ex can. Red. hielt man sich bald an Innocenz, bald an die Glosse, vorherrschend an ersteren, wahrscheinlich richtete man sich auch hier nach der Verschiedenheit der Fälle. Eine etwas andere Wendung trat ein, als man einestheils mit der Klage aus älterem Besitze ausschließlich in das Possessorium ordinarium sich flüchtete und dieses als selbständiges Rechtsmittel modernen Ursprungs anerkannte, anderntheils aber in der Carolina, an welche sich die Statuten, namentlich die von Hamburg, Lübeck und Rostock anschlossen, eine neue selbständige Stütze für die Klage, sofern sie sich auf unrechtmäßigen Besitzverlust gründet, bekommen hatte.

Wir sind hiermit an den Punkt gelangt, wo die heutige Wissenschaft anzuknüpfen und, indem sie den Faden der Dogmenbildung wieder aufnimmt, das unvollendet gebliebene Werk zum Abschluß zu bringen hat. Es muß nämlich die Klage aus älterem Besitz von der Klage aus Verlust wider Willen getrennt werden. Beide sind zwar nur Abarten derselben Gattung, bedürfen aber einer gesonderten systematischen Behandlung, indem

einerseits der Rechtsschutz des älteren Besitzes sich steigert, sobald Verlust wider Willen hinzutritt, andererseits die Klage im letzteren Falle weit schwerer zu begründen ist.

Diese Trennung ist dogmengeschichtlich vollkommen begründet, wenn es auch der Wissenschaft an klarem Bewußtsein mangelt. Sie hat aber auch ihr gesetzliches Fundament. Die Klage aus älterem Besitze schließt sich an c. 9 X de probat., die Klage aus Verlust wider Willen aber an die Artikel 207 flg. der Carolina an. Auch fehlt es nicht an Anknüpfungspunkten im römischen Recht. Die Klage aus ehemaligem Besitz setzt sich mit der Publiciana, die Klage aus Verlust wider Willen mit den hierher gehörigen Species der actio quod metus causa in Verbindung. Daß endlich diese Unterscheidung im Wesen der Sache begründet ist, wird sich im folgenden Theil zeigen.

§ 55.

3. Einreden.

Was so eben vom Klagegrunde gesagt ist, daß nämlich die Dogmenbildung nicht zum Abschluß gebracht worden, gilt in noch höherem Grade von den Einreden und zwar mit dem Unterschiede, daß die Controverse als solche klar erkannt wurde.

Voranzuschicken ist die Bemerkung, daß hier nur die Einreden des Titels und des Eigenthums berücksichtigt, die übrigen aber im folgenden Theil behandelt werden sollen, weil letztere weniger geeignet sind, über die Natur der Klage Auskunft zu geben.

Was zunächst die Einrede des Titels betrifft, so ist solche ein Erzeugniß des Zusammenstoßes beider Rechte. Das germanische Recht kannte sie nicht; die Behauptung redlichen Erwerbes gewährte dem Beklagten kein Beweisrecht, er mußte seinen GewEren benennen und nun wurde der Streit zwischen dem Kläger und dem Geweren fortgesetzt. Hierbei entschied, wenn wir von den anderen Gründen des Beweisrechts absehen, welche lediglich der Geschichte des germanischen Rechts angehören, der

ältere Besitz. Dies Zurückgehen von Auctor auf Auctor wurde, wie wir gesehen haben, schon innerhalb des germanischen Rechts selbst als ein Übelstand gefühlt und hierin liegt der Ursprung der Einrede des Titels.

Die Literatur über dieselbe beginnt im Wesentlichen erst mit Bartolus[1]). Er berichtet zunächst, daß die Glosse sowohl zum römischen als zum canonischen Recht sowie Innocenz die Einrede für unzulässig erklärt hätten. Diese Meinung, welche alle Späteren ihm nachsprechen, ist irrthümlich. Die von ihm angezogenen Stellen sagen nur, daß die Klage gegen den dritten Besitzer gehe, auch wenn er in gutem Glauben besitze, womit nur die dingliche Natur der Klage bezeichnet, über die Einredenfrage aber gar nichts entschieden ist[2]). Was Innocenz insbesondere betrifft, so ist er mit Hostiensis zu c. 9 X de prob. darüber einverstanden, daß die verklagte Gemeinde, wenn sie einen Titel gehabt hätte, den Sieg davon getragen haben würde[3]). Sodann spricht Bartolus seine Mißbilligung aus, fährt jedoch fort:

> sed volendo sustinere gl. et Inn. possumus dicere sic, quod gl. loquitur in b. f. emtore, quem constat emisse ab eo, qui fuit mal. fid. poss., ut a fure, unde mala fides authoris aliqualiter afficit emtorem.

Dieser Vermittlungsversuch des Bartolus, welcher später dahin bestimmter gefaßt ist, daß es darauf ankomme, ob schon der Vorbesitzer Titel und guten Glauben gehabt, ist merkwürdig, weil er an diejenigen Rechte erinnert, welche sich mit einer gewissen Anzahl von Geweren begnügen (§ 8 Anm. 6).

Einen anderen Weg schlägt Baldus ein, er läßt ebenfalls

---

1) Zu L. 15 u. 40 § 3 D. de poss., L. ult. § 3 C. de furtis (6, 2); und L. 3 pr. D. U. P.

2) Gl. a dominis zu L. 2 C. de furtis. — Gl. interd. zu c. 15 X de Rest. spol. (2, 13) und aut dolo zu c. 3 C. 3 qu. 1. cf. § 24, Menochi, No: 3.

3) Inn., No: 6 u. 7. — Host. § ex praem. s. oben § 21.

die Einrede zu, nisi esset titulus quaesitus post possessionem adversarii[4]).

Eine dritte, schon von Bartolus und Anderen angedeutete Vermittlung führt Barth. Socinus aus, er unterscheidet nämlich, ob die Sache mit einem vitium reale behaftet ist oder nicht, d. h. ob die Sache gestohlen oder geraubt und deshalb oder aus anderen ähnlichen Gründen von der gewöhnlichen Ersitzung ausgeschlossen ist. In diesem Falle, sagte man, ist dem Beklagten, auch wenn er bon. fid. poss. ist, die Publiciana versagt, folglich kann er auch nicht die Einrede des Titels haben[5]).

Mit diesen drei Factoren, die auf verschiedene Art mit einander verbunden zahlreiche Combinationen geben, operirte man weiter, ohne im Grunde einen Schritt von der Stelle zu kommen. Am wenigsten wurde die Vermittlung des Baldus beachtet, so daß es sich Menochi zum besonderen Verdienst anrechnet, sie wieder hervorgesucht zu haben[6]). Von den beiden anderen fand die des Socinus allgemeinen Anklang, während die des Bartolus nicht selten Bedenken erregte. Im Allgemeinen waren die Canonisten gegen und die Legisten für Zulassung der Einrede. Die Controverse wurde mit unermüdlichem Eifer und sehr ermüdender Umständlichkeit verhandelt und war vielleicht lange Zeit die bedeutendste Streitfrage des praktischen Rechts. Man zählte die Stimmen und Rolandus a Valle wußte, wie Mascard[7]) berichtet, sechshundert für seine Meinung anzuführen. Das ist dieselbe Frage, von der Bruns (S. 232) meint, es verlohne sich nicht der Mühe, näher darauf einzugehen. So völlig hat sich Alles umgestaltet!

Die Getheiltheit der Stimmen[8]) und die Rathlosigkeit der

---

4) Disput. Accusatus § sec. cas. oben § 21 nach Anm. 31.

5) Zu L. 15 D. de poss., No: 12 (ad jus civ. Comment. Lugd. 1559).

6) De recup. poss. XV, No: 71.

7) De Probat. c. 1200, No: 31.

8) Außer den im Text Angeführten s. a) für die Einrede des Titels: Durantis oben § 30. — Statuten von Pisa und Lucca. — Paul de Castro

Schule sowie der Gerichtshöfe war überaus groß. Menochi ließ für das rem. ex can. Red. die Einrede zu, während er sie für das Possessorium ordinarium verwarf, umgekehrt gestattete Lanfrancus de Oriano die Einrede im interd. ret. poss., nicht aber im interd. recup. poss.[9]) Cevallos aber war der Meinung, die Gesetzgebung müsse einschreiten, weil die Wissenschaft nicht im Stande sei, den Zwiespalt zu beseitigen[10]).

Auch nach Deutschland schleppte sich der Streit[11]), doch wurde die Literatur hier allmälig dünner. Stryk behandelte die Frage noch ziemlich ausführlich und meinte, daß man, obschon dies nicht die gemeine Meinung sei, die Einrede des Titels zulassen müsse[12]). Seitdem fand die verwerfende Ansicht der Canonisten keine Vertreter mehr[13]), mit gewissen Ausnahmen, die sogleich näher angegeben werden sollen.

Suchen wir uns Rechenschaft zu geben über den Grund, weshalb der Wissenschaft die Lösung nicht gelang. Zunächst ist schon im § 16 darauf hingewiesen, daß mit Rücksicht auf das germanische Recht und den germanischen Prozeß in der That ein

---

II, 442, 234. — Alex. Tartagn. II, 118. — Ripa zu c. 18 X de Rest. spol., No: 20; auch Resp. 114, No: 7. — Gonzalez zu c. 9 X de probat., No: 36. — Perez in Cod. VIII, 4, No: 20. — Mascard de Probat. c. 1200, No: 4. — A. Faber in Cod. IV, 3 d. 2, No: 21. b) gegen die Einrede: Statuta Brixiae in Civil. 98. — Alex. Tart. V c. 92, No: 2. c. 91. II, c. 117. — Phil. Decius c. 302, No: 7. — Maranta, ord. jud. IV d. 7, No: 58 u. 19. — Mascard, de Probat. c. 1200, No: 8 u. 9.

9) Repet. Rubr. de causa poss. § quinta concl.

10) Pract. quaest., No: 52, Bruns S. 349.

11) Mynf. III, 85, No: 3 u. 8. — Gaill, Observ. I, 81, No: 7 u. de Pignorat. 22, No: 8. — Wesenbec, Paratitla s. Comment. in Pand. 43, 17, No: 5 i. f. — Treutler, disput. II, 25, No: 3. — Friber, de Interd. VII, 17. — Berlich, I, c. 21, No: 21. — Brunemann, Comm. VIII, 5 zu L. 16. — Klock, Tract. de Contr. c. 19, No: 211. — Struve, Syntagma, ex. 45 § 130, s. — Cocceji, Jus civ. controv. 43, 1 qu. 4 exc. 3. — Carolina, Art. 208; Henneberger Landesordnung, Lübisches, Rostocker, Hamburger und Preußisches Recht s. oben die betr. §§.

12) Diss. de Composs. in Opp. II, No: 17 c. 3, No: 14 flg.

13) Hert, Resp. II, 535, No: 3. — Kreittmayr, Anmerk. II,

schwieriges Problem vorlag. Gleichwohl wäre eine befriedigende und sichere Dogmenbildung möglich gewesen, wäre man nicht immer und überall in dem irrigen Wahn befangen gewesen, daß die Klage eine possessorische sei. Da nun das römische Recht die Rechtsfrage in den Interdicten nicht berücksichtigt wissen will, so war es möglich[14]), daß die Canonisten mit vielem Erfolg eine Theorie aufstellen konnten, nach welcher in einer dinglichen Klage petitorische Einreden unzulässig waren, eine Theorie, von der Sarmiento mit Recht sagt, sie scheine zum Zweck der Beraubung aller ehrlichen Leute erfunden zu sein (§ 25). Das dritte Hinderniß einer gesunden Entwicklung lag endlich darin, daß man die Klage aus älterem Besitz von der Klage aus Verlust wider Willen nicht schied. Und hiermit bahnen wir uns den Weg zur eigenen Lösung des Problems.

Diese Lösung liegt darin, daß die Einrede des Titels durchgreift gegen die Klage aus älterem Besitz aber nicht durchgreift gegen die Klage aus Verlust wider Willen. Dies ist aber wiederum nicht eine willkührliche Erfindung, sondern das einfache Resultat der dogmengeschichtlichen Entwicklung. Schon die Theorie der Italiener weist, obwohl sie vergeblich nach bewußter Klarheit rangen, darauf hin. Die Meinung des Socinus, welche sich der größten Anerkennung erfreute und insbesondere von Menochi wenigstens für das rem. ex can. Red. angenommen worden, ist mit der hier aufgestellten Unterscheidung identisch, sofern man nur vitium reale[15]) in dem weiteren Sinne nimmt, daß jeder Verlust des Besitzes wider Willen darunter fällt. Könnten wir die thatsächliche Gestalt der uns von den Italienern über-

---

S. 194. — Gönner, Proz. IV, S. 472—81. — Biener, proc. jud. § 173. — Osterloh, die summ. Proz. § 53.

14) Aus diesem Zusammenhang erklärt es sich, daß Mascard die Einrede zwar verwirft, aber den Fall der Kumulation ausnimmt. c. 1200, No: 8, 9, 14.

15) Über vitium reale und personale vergl. Gl. zu L. 4 § 27 D. de doli exc. (44, 4); zu L. 7 § 11 D. de Public. (6, 2) und zu L. 11 C. de acquir. poss. (7, 32).

lieferten Rechtsfälle genau ermitteln, so würde sich gewiß finden, daß die Entscheidungen wesentlich dieser Auffassung entsprechend gewesen sind. Daher kommt es auch, daß derselbe Schriftsteller in einem Falle die Einrede verwirft, in einem anderen Falle sie aber zuläßt, und wenn noch Maranta die Einrede verwirft, so ist das auf diesem Standpunkt sehr erklärlich, denn er setzt injusta causa amissionis voraus. Bestimmter und lehrreicher ist in dieser Beziehung die Entwicklung in Deutschland. Seit den Zeiten des Stryk wird die Einrede allgemein zugelassen. Dies ist aber grade dieselbe Zeit, in welcher das Possessorium ordinarium als selbständiges auf älterem Besitze beruhendes Rechtsmittel modernen Ursprungs anerkannt wurde. Bei diesem dachte niemand an die Nothwendigkeit eines unrechtmäßigen Besitzverlustes, also ließ man die Einrede zu. Umgekehrt verwarfen sie die Interpreten der Carolina, weil sie die Klage aus Verlust des Besitzes wider Willen ausschließlich im Sinne hatten. Ebenso diejenigen, welche die Spolienklage gegen den dritten Besitzer zulassen, die Präsumtion aber verwerfen[16]). In demselben Sinne haben neuere Particularrechte, wie das Hamburger, das revidirte Lübische Recht und das Preußische Landrecht die Frage behandelt. Mit der Selbständigkeit beider Klagen war die Controverse erledigt.

Dieses auf dogmengeschichtlichem Wege gewonnene Resultat ist auch ganz im Geist des römischen Rechts. Daß die Römer die Einrede des Titels in der Publiciana zuließen, ist ohne Zweifel, es wird sich aber auch nachweisen lassen, daß sie sie verworfen haben, wenn der Kläger nicht bloß ehemaligen titulirten Besitz, sondern auch unrechtmäßigen Verlust des Besitzes behaupten konnte. War nämlich dem Kläger die Sache entwendet oder geraubt, so konnte kein folgender Besitzer der Publiciana sich bedienen (§ 67 Anm. 11), man wird aber wohl zugeben, daß wer als Kläger mit der Publiciana nicht auftreten konnte, als Beklagter keine Einrede hatte, auch wenn er bonae fidei possessor

16) Fleck, p. 131, 129, 114 flg.

war[17]). Noch schlagender ist die actio quod metus, insofern sie gegen den dritten Besitzer geht. Hier wird die Einrede bestimmt und ausdrücklich verworfen[18]), obschon der Kläger nur ehemaligen Besitz und Verlust des Besitzes durch Gewalt zu beweisen braucht. Die hier für die Klage aus Verlust des Besitzes wider Willen aufgestellte Regel ist also nur der allgemeine Ausdruck dessen, was schon bei den Römern in einzelnen Anwendungen[19]) galt.

Es fehlt aber auch ferner nicht an gesetzlichem Anhalt. Nach c. 9 X de probat. ist, wie (§ 21 nach Anm. 15) gezeigt worden, die Einrede des Titels zulässig, und diese Entscheidung bezieht sich auf die Klage aus älterem Besitz. Rücksichtlich der anderen Klage aber haben wir uns an den Artikel 208 der Carolina und an L. 14 § 5 D. quod metus zu halten, welche die Einrede verwerfen.

Daß endlich die Unterscheidung einen guten inneren Grund hat, wird sich im folgenden Theil zeigen.

Man sollte meinen, daß die Einrede des Eigenthums keine andere Beurtheilung hätte finden können, als die Einrede des Titels, gleichwohl steht die Sache anders. Theils deshalb, weil, wenn man für den Titel sich auf das canonische Recht berufen konnte, diese Stütze bei der Einrede des Eigenthums zu fehlen schien[20]), theils und hauptsächlich deshalb, weil man bei dieser Frage in der Regel an den Fall dachte, da nicht der dritte Besitzer, sondern derjenige, der den Kläger des Besitzes entsetzt hatte, belangt wurde und nun den Einwand machte, daß er als wahrer Eigenthümer der Sache befugt gewesen sei zur eigenmächtigen Besitzergreifung. Dies ist zu berücksichtigen bei der reichhaltigen hierher gehörigen Literatur. Wo die Einrede des Eigenthums von solchen, die die Einrede des Titels zulassen, verworfen wird, ist zuverlässig immer an jenen Fall zu denken.

---

17) Glück, VIII, S. 363.

18) L. 14 § 5 D. quod metus (4, 2).

19) cf. auch L. 1 § 13 D. quod legat. (43, 3).

20) c. 1 X de Rest. spol. (2, 13).

Wo aber die Einrede des Eigenthums ohne Vorbehalt zugelassen worden, da lag vermuthlich ein Fall der dinglichen Klage vor[21]).

§ 56.

4. Heutige Geltung.

Wir kommen hiermit zu der entscheidenden Frage. Haben die bisherigen Ausführungen lediglich eine geschichtliche Bedeutung oder berühren sie auch das Rechtsleben der Gegenwart? Befragen wir unsere Lehrbücher des heutigen römischen Rechts sowie des deutschen Privatrechts, welche mit Ausnahme einiger bemerkenswerthen Andeutungen bei Bluntschli[1]) nichts von einer dinglichen Klage des heutigen deutschen Rechts wissen, so müssen wir die Sache der Geschichte und den Particularrechten überweisen, aber unsere Rechtswissenschaft ist durch die Theilung der Arbeit zwischen Romanisten und Germanisten in die eigenthümliche Lage versetzt, daß ihr manche Stücke des wirklich bestehenden Rechts ganz abhanden gekommen sind, weil sie, dem Zusammenstoße beider Elemente ihren Ursprung verdankend, unerkannt und ungepflegt ihr Dasein in dem Raume fristen, welchen die Wissenschaft nicht erleuchtet, da die arbeitenden Hände einander nicht berühren. Die dingliche Klage des deutschen Rechts gehört der Gegenwart an; Abgestorbenes wieder beleben zu wollen, wäre ein thörichtes Unternehmen, aber das im Ver-

21) Gl. ord. zu L. 37 D. de jud. (5, 1) und zu L. 8 D. de dol. mal. exc. (44, 3). — Bartolus zu L. 39 cit. und zu L. 27 D. de usurp. (41, 3). — Statuten von Brescia, Pisa und Lucca. — Lanfrancus de Oriano, Repetit. Rubr. de causa poss. § Considerandum. — Phil. Decius, cons. 57, No: 6; cons. 449, No: 20. — Ripa zu L. 12 § 1 D. de poss., No: 73 und 100. — Menochi, de Recup. poss. XV, 479; de Retin. poss. III, 671 flg. — Stryk, D. de necess. ed. tit. in Opp. Vol. V, 25; c. 2, No: 141. — Leyser, sp. 504 m. 10. — Schilter, Exerc. 47 § 56 und 61. — Hommel, rhaps. quaest. obs. 781. — Hartitzsch, Entscheid., N. 388.

1) Deutsch. Pr. R. § 73. Was sich über die Regel: Hand wahre Hand, findet ist rein particularrechtlich und berührt selten die hier vorliegenden Fragen.

borgenen Lebende an das Licht zu ziehen und der auf diesem Punkte todten Wissenschaft neues Leben einzuhauchen, ist eine Aufgabe nicht unwerth des Strebens.

Die Beweise liegen bereits vor, es bedarf nur eines Rückblickes. Die Wurzeln des Instituts liegen im germanischen Recht, sie starben nicht ab, nachdem sich die kalte und zugleich erfrischende Hand des römischen Rechts auf sie gelegt hatte, sondern trieben neue mächtige Keime, welche wachsend und frische Kräfte aus dem fremden Element an sich ziehend dasselbe bald gänzlich bedeckten und in reicher Entfaltung bis zur Mitte des vorigen Jahrhunderts blüheten. Seitdem hat zwar die Wissenschaft sie fast ohne Pflege gelassen, aber ihr Leben ist nicht erstickt.

Es wird vielleicht Manche geben, welche anerkennen, daß die dingliche Klage des deutschen Rechts bis zu einer Zeit fortgedauert hat, die noch beinahe innerhalb Menschengedenken liegt, aber, werden sie hinzufügen, nunmehr sind die Fäden abgerissen, was der Gebrauch geschaffen, hat der Nichtgebrauch zerstört, wenn auch aus Mißverstand. Gesetzt, dem wäre so, hätte denn die Wissenschaft nicht das Recht und die Pflicht, ihren Fehler wieder gut zu machen und da wieder aufzubauen, wo sie niedergerissen hat? Wenn heute ein fleißiger Forscher des römischen Rechts entdeckt, daß eine Stelle seiner Quellen bisher immer mißverstanden worden, so trägt die Schule nicht das mindeste Bedenken, die neue Erklärung als einen Gewinn und den neuen Lehrsatz als geltendes Recht zu verzeichnen, worauf dann die Praxis zögernd folgt. Warum soll es denn anders sein, wenn es sich um einen Satz des ungeschriebenen Rechts handelt? Jener Romanist führt wirklich neues Recht ein, denn er stellt einen Satz auf, der zwar bei den Römern, in der modernen Welt aber bisher nicht gegolten hat; im anderen Fall aber stellt der Civilist nur den Rechtssatz wieder her, der bei unsern Vorfahren gegolten hat aber aus Mißverstand aufgegeben ist. Der Civilist hat also viel größeren Anspruch auf Anerkennung in Theorie und Praxis, denn wenn beide darauf fußen, daß sie den Lehrsatz aus dem

Geiste derer, die das Recht gesetzt haben, herstellen, so hat der Civilist vor dem Romanisten voraus, daß er den Lehrsatz aus dem Geiste derer herstellt, die das Recht für uns gesetzt haben.

Aber so schlimm steht es nicht einmal, es kann nicht zugegeben werden, daß es auf Wiederherstellung eines bereits völlig erstorbenen Rechtsgedankens abgesehen ist. Derselbe hat sich bis auf den heutigen Tag erhalten, wenn auch nur in der kleineren und bescheideneren Hälfte der Vertreter unserer Wissenschaft. Noch heute tragen namhafte Auctoritäten und insbesondere die sächsischen Juristen, welche uns so manchen nationalen Schatz bewahrt haben, diejenigen Grundsätze vor, welche das Wesen der dinglichen Klage des deutschen Rechts ausmachen, und zwar nicht als sächsisches Recht, sondern als gemeines Recht. Die Erfolge der Angreifer schrumpfen zu einer Controverse zusammen, welche noch insbesondere von Puchta[2]) ausdrücklich als solche bezeichnet wird und in Ansehung welcher die unrichtige Meinung zwar die herrschende ist, die richtige aber von Männern festgehalten wird, die vorzugsweise als Vertreter des nationalen Rechtsbewußtseins sich betrachten können. Niemand wird der Wissenschaft die Befugniß absprechen wollen, heute diejenige Meinung wieder und zwar in geläuterter Weise aufzunehmen, welche vordem gemeine Meinung war, aber seit einiger Zeit von der Mehrheit für falsch gehalten ist. Es kommt nur darauf an, auf welcher Seite die besseren Gründe stehen.

Die Gegner sagen, der römische Besitzprozeß kenne die Rücksicht auf Alter und Titel des Besitzes nicht. Dies wird zugegeben, aber daraus folgt nur, daß diese Elemente aus dem Besitzprozeß, nicht aber, daß sie aus dem Recht überhaupt zu vertreiben sind. Die Gegner sagen, eine Besitzklage könne nicht gegen den dritten Besitzer der Sache gehen. Dies wird zugegeben, aber daraus folgt nur, daß die Klage keine Besitzklage, daß sie vielmehr eine dingliche Klage ist. Die Gegner sagen,

2) Pand. § 133 k.

der Besitz sei ein Factum und kein Recht, er könne keine Klage dieser Art erzeugen[3]). Dies wird zugegeben, aber daraus folgt nur, daß die wissenschaftliche Begründung der Klage nicht an den Begriff des Besitzes anzuknüpfen ist. Die Gegner sagen, eine dingliche Klage dieser Art sei, auch wenn sie sich vielleicht denken lasse, dem heutigen römischen Recht einerseits und dem deutschen Privatrecht andererseits fremd, ein aus einer Mischung beider Elemente hervorgegangenes s. g. modernes Recht sei ihnen unbekannt. Dies wird zugegeben, aber daraus folgt nur, daß die Gegner von dem Rechtszustand der Gegenwart eine unvollkommene Vorstellung haben. Die Trennung jener beiden Elemente ist, wie es täglich offenbarer wird[4]), der Schade, an dem unser Recht und unsere Rechtswissenschaft krankt. Daß die italienische Jurisprudenz und Praxis des Mittelalters aus diesem Gährungs- und Mischungsprozeß als ein selbständiges Product hervorgegangen ist, wird zu leugnen kaum jemand unternehmen, was aber Deutschland betrifft, so haben wir nicht das römische Recht, wie es in den Quellen steht, sondern dasjenige Recht recipirt, was in Italien neu entstanden war (§ 17). Es ist also heute gar nicht, wie Manche glauben, die Aufgabe, etwas Neues zu produciren, sondern es kommt nur darauf an, den dort historisch bereits gegebenen Rechtsstoff aufzusuchen und ihn, wiedergeboren im Lichte der heutigen Wissenschaft, dogmatisch zu gestalten.

Aber das ist noch lange nicht Alles, was wir den Gegnern erwiedern können. Die dingliche Klage des deutschen Rechts hat auch ihre sehr bestimmte gesetzliche Grundlage. Das c. 9 X

---

3) Höpfner, Commentar § 286 z. E. — Thibaut, Besitz § 26. — Bruns, S. 503: „in der bloßen Thatsache, daß man früher einmal besaß, liegt nicht der geringste Grund, daß man wieder von Neuem besitze.“ Noch Friderus Mindanus († 1616) war der Ansicht, daß der Vorzug des ehemaligen Besitzes im Petitorio auf einer ratio certissima et generalissima beruhe, oben S. 136.

4) S. des Verf. Aufsatz: das absolute Recht. Münch. krit. Überschau II, S. 128 (1854).

de Probat. ist bisher auf das Interdict bezogen; wenn sich jetzt zeigt, daß es einen Fall der dinglichen Klage des deutschen Rechts entscheidet, so müssen wir zugeben, daß diese Klage ein gesetzlich verbürgtes Dasein hat. Die Artikel 207—214 der Carolina sind bisher von Einigen falsch, von Andern gar nicht verstanden worden, von den Meisten aber ganz übersehen; wenn sich jetzt zeigt, daß in ihnen die dingliche Klage des deutschen Rechts enthalten ist, so müssen wir zugeben, daß diese Klage ein zwiefach gesetzlich verbürgtes Dasein hat.

Die Sache steht also nach der formellen Seite für die Klage so günstig wie möglich, aber auch ihre materielle Berechtigung ist außer Zweifel, d. h. es hat sich das wirkliche Leben der Gegenwart von dem in ihr verkörperten Rechtssatz nicht losgesagt. Schon von Hause aus spricht für eine solche Lossagung nicht die geringste Vermuthung, denn es handelt sich um Satzungen von rein privatrechtlichem Karacter, welche in echt römischer Weise Personen und Sachen, als solche, ohne Beimischung jener abgestorbenen oder absterbenden historisch-politischen Elemente des Mittelalters betreffen. Aber es fehlt auch nicht an positiver Gewähr. Ein Rechtsgedanke, der sich mit so beispielloser Energie durchzusetzen und den mächtigsten Angriffen gegenüber aus einer Position in die andere flüchtend zu erhalten wußte, der gleichmäßig die bedeutendsten Particularrechte in Deutschland wie die Rechte der angrenzenden Völker germanischen Ursprungs noch gegenwärtig beherrscht: ein solcher Rechtsgedanke kann weder ungesund noch unlebendig sein, er muß vielmehr auf einem wahren Bedürfniß und dem sichern Fundament der nationalen Rechtsüberzeugung beruhen. Selbst aus der allerneusten Gegenwart können zwei Stimmen angeführt werden, deren Gewicht man grade auf diesem Gebiet nicht verkennen wird. Bruns, dessen ganzes Buch ein herbes Verdammungsurtheil des remed. ex canone Redintegranda ist, schlägt in demjenigen Abschnitte seines vortrefflichen Werkes, den er „Philosophie des Besitzrechtes" überschrieben hat, im letzten Artikel seines Gesetzentwurfes eine Bestimmung vor, welche nichts mehr und nichts weniger

als die dingliche Klage des deutschen Rechts aus Verlust wider Willen ist und welche, durch die geschichtlichen und dogmatischen Untersuchungen des Verfassers verurtheilt, nach seiner eigenen Erklärung S. 503 aus Zweckmäßigkeitsrücksichten anempfohlen wird. Das zweite Zeugniß ist durch den neuesten Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für Sachsen gegeben, in welchem die Klage aus älterem Besitz noch ebenso ihre Stelle gefunden hat, wie sie vor länger denn einem halben Jahrtausend in den Stadtrechten von Pisa und Brescia verzeichnet worden ist.

Zweiter Theil.

Lehre.

Erster Abschnitt.

Die dingliche Klage des deutschen Rechts.

§ 57.

Einleitung.

Die Römer haben versucht, das Problem des Eigenthumsschutzes durch Einschieben von Hülfsgliedern in die Lehre vom Erwerb des Eigenthums, also auf dem Gebiet des materiellen Rechts zu lösen. Einen anderen Weg hat das moderne Recht nach dem Vorgange des germanischen eingeschlagen. Es verzichtet auf den Beweis des Eigenthumserwerbes, wenn der Kläger gewisse Umstände darthun kann, die ihn dem Beklagten gegenüber als besser berechtigt erscheinen lassen. Das Problem wird also auf das Gebiet des Prozesses verlegt und dort vermöge des Princips der Relativität in einfacher Weise gelöst. Der Kläger kann sich zum Schutze seines Eigenthums zunächst auf seinen früheren Besitz berufen, weiß der Beklagte ihm nichts entgegenzusetzen als seinen gegenwärtigen Besitz, so unterliegt er.

Dies ist die erste Stufe der Relativität und die Grundform der Klage. Die innere Begründung des Satzes liegt darin, daß der gegenwärtige Besitzer, der den Grund seines Besitzes nicht

anzugeben vermag, als rechtloser Besitzer angesehen wird, wie denn selbst das römische Recht den, qui interrogatus, cur possideat? responsurus sit, quia possideo, nec ullam causam possessionis possit dicere, mit einem fur et raptor zusammenstellt[1]). Es wird entgegnet werden, der Vorwurf treffe ebensosehr den Kläger, auch sein Besitz werde, da er keinen Grund desselben angebe, rechtlos gewesen sein. Allein die Lage beider Theile ist in der That eine ungleiche. Zunächst aus einem praktischen Grunde. Je älter eine Thatsache ist, desto schwerer ist sie zu beweisen. Wenn also der ehemalige Besitzer den Ursprung seines Besitzes nicht angiebt, so wird man geneigt sein, dies auf die Länge der Zeit zu schieben, wenn aber der gegenwärtige Besitzer darüber schweigt, so wird man geneigt sein, seinen Besitz für verdächtig zu halten. Dazu kommt sodann Folgendes. Der Besitz des Beklagten wird vom Kläger angefochten, der Besitz des Klägers wird vom Beklagten nicht angefochten. Denn das Ansprechen des Eigenthums Seitens des Beklagten kann sehr wohl damit bestehen, daß der Kläger früher einmal das Eigenthum erworben hat. Beide Theile können als richtig annehmen, daß der Besitz des Klägers einen rechtmäßigen Ursprung gehabt hat, ohne dadurch um einen Schritt vorwärts zu kommen, denn das Interesse concentrirt sich auf die Frage, in welcher Weise der Besitz des Klägers ein Ende genommen hat. Derselbe ist also rücksichtlich seines Ursprunges nicht angefochten, der Vorzug des nicht angefochtenen vor dem angefochtenen Besitze ist aber ein sehr natürlicher, denn im Allgemeinen müssen wir davon ausgehen, daß Anfechtungen nicht aus der Luft gegriffen werden. Hieran schließt sich endlich noch ein dritter Gesichtspunkt. Man kann sagen, der Besitz des Klägers sei zwar nicht rücksichtlich seines Ursprungs, wohl aber rücksichtlich seines Endes angefochten, der Kläger werde vermuthlich veräußert haben. Diese Betrachtung würde zwar nicht dahin führen, vom Kläger die Angabe des Rechtsgrundes zu verlangen, wohl aber dahin, von ihm die Angabe

---

1) L. 12, 13 pr. D. de hered. pet. (5, 3). L. 16 § 4 eod.

der Art des Verlustes zu verlangen. Dem steht aber Folgendes entgegen. Der Erwerb des Besitzes geschieht mit dem Willen des Besitzers, der Verlust kann ohne seinen Willen erfolgen; die Art des Verlustes kann dem Besitzer ganz unbekannt bleiben. Demnach wird man, wenn beide Theile schweigen, der Kläger über die Art des Verlustes, der Beklagte über die Art des Erwerbes, geneigt sein, gegen den Beklagten zu präsumiren, denn der Kläger schweigt über eine Thatsache, die ihm unbekannt geblieben sein kann, der Beklagte schweigt über eine Thatsache, die ihm bekannt geworden sein muß. Wir dürfen nur nie vergessen, daß wir uns auf dem Gebiet der prozessualischen Wahrscheinlichkeit befinden. Hier gelten Annahmen, die im einzelnen Falle sehr wohl unrichtig sein können. Der Vorzug des älteren Besitzes ist nach dieser Seite ebenso berechtigt wie die Annahme, daß ein einmal erworbenes Eigenthum fortbestehe[2]), daß der Besitzer guten Glauben habe[3]), daß der Erblasser seinen Willen nicht geändert habe[4]) u. s. f. Man hat gesagt, der Vorzug des ehemaligen Besitzes gewähre dem Veräußerer eine Überlegenheit über den Erwerber[5]). Es ist allerdings richtig, daß der Beklagte, der vom Kläger erworben hat, in einer üblen Lage ist, wenn er diesen Erwerb nicht zu beweisen vermag. Allein diese Bemerkung ist auch dann wahr, wenn der Kläger die Voraussetzungen der römischen Vindication oder der Publiciana bewiesen hat, da er nur die Entstehung nicht aber die Fortdauer seines Rechts darzuthun hat. Man müßte also, um dieser übrigens nicht sehr nahe liegenden Eventualität zu entgehen, dem Kläger in allen Fällen den Beweis der Fortdauer abverlangen. Der Satz beweist zu viel und deshalb nichts. Die Aufgabe ist nur die, die Annahme, welche dem ehemaligen Besitzer zur Seite steht, gebührend einzuschränken, und davon wird später die Rede sein.

Diese innere Begründung aber muß eine bestimmte äußere

2) L. 16 C. de Probat. (4, 19). S. § 60 Anm. 24.
3) § 58 Anm. 20 flg.
4) L. 22 D. de leg. II. L. 11 § 12 D. de leg. III.
5) Fleck p. 132.

Gestalt annehmen, oder mit anderen Worten: die Klage bedarf einer civilistischen Construction und nach dieser haben wir uns umzusehen.

Man fühlt sich zunächst versucht, an die schon in der Glosse vorkommende Präsumtion des Eigenthums aus dem Besitze (§ 32) anzuknüpfen und, indem man lediglich auf dem Gebiet des Prozesses bleibt, zu sagen: die Klage ist nichts anderes, als die Vindication selbst, jedoch mit der eigenthümlichen Beweisregel, daß Vermuthungen zum Beweise des Eigenthums genügen und die Vermuthung aus ehemaligem Besitze die Vermuthung aus gegenwärtigem Besitze überwiegt. Diese Auffassung wäre gewiß möglich, aber sie ist geschichtlich nicht begründet. Die Vindication und ihre Beweislehre ist unberührt geblieben, neben sie aber hat man eine eigene Klage aus älterem Besitz gestellt. Der ursprünglich prozessualische Satz ist in einen Satz des materiellen Rechts verwandelt worden; statt zu sagen: aus dem Besitze wird das Eigenthum präsumirt, wird gesagt: der ehemalige Besitz genießt als solcher eines Rechtsschutzes. Wenn also auch die Klage den Schutz des Eigenthums bezweckt, so bildet dennoch nicht das Eigenthum des Klägers sondern dessen ehemaliger Besitz den juristischen Klagegrund. Man ist hierbei den Römern gefolgt. Auch die Publiciana bezweckt den Schutz des Eigenthums: ad instar proprietatis non ad instar possessionis respicit, ad exemplum vindicationis datur[6]), gleichwohl erscheint nicht das Eigenthum, sondern der ehemalige titulirte Besitz als juristischer Klagegrund. Unzweifelhaft haben in dieser Beziehung sowohl die römische als die deutsche Klage eine anomale Natur, denn wenn ehemaliger Besitz, sei es titulirter oder nicht titulirter den Klagegrund abgiebt, so liegt eine Klage vor, welche äußerlich betrachtet, nicht ein Recht, sondern eine Thatsache schützt. Aber diese Anomalie hat ihre guten praktischen Gründe. Hätte man sich darauf beschränkt, die Beweislehre in der Vindication nach dem Princip der Relativität um-

6) L. 7 § 6 D. de Publ. (6, 2). — L. 35 pr. i. f. D. de O. et A. (44, 7).

zugestalten, so wären Verwirrungen entstanden. Wir hätten dann eine Klage, zu deren Begründung die Behauptung des Eigenthums gehört, während doch der Erwerb desselben nicht bewiesen zu werden braucht[6a]), wir würden sodann nicht umhin können, Antrag und Urtheil auf Anerkennung des Eigenthums zu richten und würden dadurch die Lehre von der Rechtskraft (§ 68) ihrer sicheren Grundlage berauben. Ferner würde die Einredenfrage einer viel bedenklicheren Auffassung ausgesetzt sein. Endlich aber wäre dem redlichen Nichteigenthümer principiell die Klage versagt. Aus diesen Gründen ist jener andere Weg eingeschlagen. Die Sache ist also die: wegen der Schwierigkeit des Eigenthumsbeweises und der Unvollkommenheit menschlichen Erkennens in Thatfragen konnte der Rechtsschutz des Eigenthums nicht allein auf den Erwerb des Eigenthums gegründet werden, um aber diesen Zweck des leichteren Rechtsschutzes zu erreichen, reformirte man nicht die Beweislehre, sondern man schuf eine eigene Klage zum Schutz des Eigenthums, in der der Beweis des Erwerbes durch den Beweis gewisser Thatsachen ersetzt wird. Die Klage ist, wie die Publiciana, ihren inneren Motiven nach eine Klage aus vermuthetem Eigenthum, ihrer juristischen Construction nach eine Klage aus ehemaligem Besitze.

Diese Einsicht ist von großer Wichtigkeit, denn wenn der Rechtssatz, auf welchem diese Klage beruht, prozessualischen Ursprungs ist, so dürfen wir seine Rechtfertigung nicht im materiellen Recht suchen. An dieser Klippe sind schon die Römer gescheitert. Indem sie verkannten, daß der ihrer Publiciana zu Grunde liegende Rechtssatz nur durch das positive Recht ein materielles Gepräge erhalten hat, glaubten sie seinen Ursprung im materiellen Recht suchen zu müssen und griffen in dieser Verlegenheit nach der Fiction der vollendeten Ersitzung. Es würde zwar leicht sein, ihnen auf dieser Bahn zu folgen und die ding-

6a) Auf diesen Weg gerieth Paul de Castro, cons. 105 i. f., wo er allegationem dominii saltem fordert mit dem Hinzufügen: quod dominium satis probatur probata antiquiori possessione. S. dagegen: Menochi de recup. poss. XV. 471—474.

liche Klage des deutschen Rechts ebenfalls vermittelst dieser Fiction in das System einzufügen; man brauchte nur die Fiction, welche die Römer auf die Voraussetzungen der ordentlichen Ersitzung beschränken, auf den Fall der außerordentlichen Ersitzung, welche ja keines Titels bedarf, auszudehnen[7]. Allein dann würde man, abgesehen davon, daß die Schwierigkeit nicht beseitigt nur verdeckt wäre, Consequenzen sich gefallen lassen müssen, denen aus dem Wege zu gehen grade eine recht wesentliche Aufgabe ist (§ 67 Anm. 13).

Auf andere Weise unterlagen die Neueren der Schwierigkeit. Auch sie verkannten den prozessualischen Ursprung und vermeinten, sich durch Erfindung materieller Rechtsbegriffe helfen zu können.

Hierher gehört zunächst das s. g. Recht zum Besitze. Auf mannigfache Weise kann jemand die Befugniß haben, die Einräumung des Besitzes einer Sache von einem Andern zu fordern, so z. B. der Eigenthümer vom Besitzer, der Käufer vom Verkäufer, derjenige, der ein interdictum adipiscendae possessionis anstellen kann vom Gegner u. s. f. Diese Beobachtung veranlaßte die Construirung eines besonderen Rechtsbegriffes, des seit Donellus[8] so genannten jus possidendi oder des Rechts zum Besitze im Gegensatz zum jus possessionis oder dem Recht des Besitzes. Dieser Begriff mag insofern einen gewissen Nutzen haben, als er dazu dient, alles Fremdartige aus dem Recht des Besitzes auszuscheiden, im Übrigen aber hat er ebenso wenig juristisches Interesse, wie es etwa ein Recht auf Zahlung haben würde, das durch Zusammenstellung aller Fälle, in welchen jemand zu einer Zahlung verpflichtet ist, gebildet werden könnte. Man würde auch wohl schwerlich jenen Begriff erfunden haben, wenn nicht die dingliche Klage des deutschen Rechts demselben anscheinend eine eigenthümliche Bedeutung verliehen hätte. Wenn nämlich jemand bloß um seines früheren Besitzes

7) Angedeutet bei Obrock, de Public. in rem act. 1843 p. 91.

8) Comm. lib. 9. c. 9.

willen die Einräumung des Besitzes verlangen kann, so scheint der Besitz als solcher ein Recht zum Besitze in sich zu schließen. Hier glaubte man einen innigen Zusammenhang zwischen dem Besitz und dem Recht zum Besitz gefunden zu haben, der bald in größerem bald in geringerem Umfange ausgebeutet wurde[9]).

Ein derartiges Recht zum Besitze, im Sinne eines materiellen Rechts, über dessen Erwerb, Verlust oder Übertragung sich Regeln aufstellen ließen, existirt ebenso wenig, wie die bonae fidei possessio und die juristische Gewere im Sinne eines solchen Rechts Realität haben. Nur derjenige, welcher ein entsprechendes dingliches oder obligatorisches Recht erworben hat, kann die Einräumung des Besitzes verlangen, eine Befugniß, die aber dann weder merkwürdiger noch selbständiger ist, als andere Befugnisse, die ihm jenes dingliche oder obligatorische Recht verleiht. Wenn aber dennoch nicht immer der volle Beweis des Rechtserwerbes verlangt wird und derselbe durch den Beweis des früheren Besitzes ersetzt werden kann, so hat das prozessualische Motive.

Während es also die Aufgabe des geschichtlichen Theiles war, Sätze des materiellen Rechts der Römer auf ihren prozessualischen Ursprung zurückzuführen, ist es jetzt umgekehrt die Aufgabe, Beweisregeln, nachdem wir sie als solche erkannt haben, in feste materielle Rechtskörper zu verwandeln.

Auf diesem Standpunkte aber müssen wir es gänzlich aufgeben, diese so gewonnenen Lehrsätze aus der Natur des Eigenthums, des Besitzes oder eines anderen materiellen Rechts, welche durch solche Versuche nur entstellt werden, ableiten zu wollen. Der Besitz genügt nicht deshalb zur Begründung der Klage, weil er ein Recht wäre, sondern deshalb, weil es angemessen erschienen ist, den Schutz des Eigenthums einem rechtlosen Besitzer gegenüber zu erleichtern. Wir haben es, sofern

---

9) Voet, VI, 2, No: 2. — Gönner, § 8, 9, 18, 31. — Pfotenhauer, § 1 und 13. — Spangenberg, § 175, 176. — Pr. Ldr. I, 7 § 134, 135, 161. — Wiener, § 273 — Thibaut, civil. Vers. II, S. 54.

wir auf dem Gebiet des materiellen Rechts stehen bleiben, mit einem Satz zu thun, der positiver Natur und keiner weiteren Begründung fähig ist.

Kann nun aber der Kläger nicht einmal seinen vormaligen Besitz darthun, so siegt der Beklagte. Die Römer lassen ihn in der Vindication und Publiciana deshalb siegen, weil er Besitzer ist, die Neueren neigen dazu, ihn deshalb siegen zu lassen, weil aus dem gegenwärtigen Besitze Eigenthum präsumirt werde (§ 32). Die richtige Auffassung ist für uns die römische und zwar ebenfalls deshalb, weil die Klage eine selbständige ist. Wir können also von der Präsumtion des Eigenthums für die Dogmatik der dinglichen Klage keinen Gebrauch machen. Selbst die Präsumtion aus gegenwärtigem Besitze ist entbehrlich, ja sie ist sogar gefährlich, denn sie ist einer Übertragung auf die eigentliche Vindication fähig und wirkt dort, wie a. a. O. gezeigt ist, verwirrend. Indessen wird sich späterhin eine Stelle finden, wo diese Präsumtion allerdings noch Anwendung leidet (§ 71).

Sobald jedoch der Beklagte einen Rechtsgrund seines Besitzes darzulegen weiß, ist der Vorzug des Alters überwunden. Hieraus ergiebt sich die Einrede des Titels. Man hat das Dogma auch so ausgedrückt: der Besitzer sei verpflichtet, den Titel seines Besitzes anzugeben (§ 33). Diese Ausdrucksweise ist jedoch als ungeeignet nicht beizubehalten. Wie nämlich die Klage eine selbständige juristische Natur angenommen hat, so kann auch die Vertheidigung des Beklagten nur dadurch eine bestimmte civilistische Construction erhalten, daß man sie juristisch als Einrede auffaßt. Von einer Verpflichtung zur Angabe des Titels zu reden, kann nur schädlich wirken, denn es verbindet sich damit die Vorstellung von einer Zwangspflicht und die wunderliche Streitfrage, ob der Titel bloß angegeben oder auch bewiesen werden müsse (§ 41 Anm. 11). In Ansehung der inneren Begründung des Lehrsatzes müssen wir ebenfalls auf prozessualische Motive zurückgehen. Die Relativität des Eigenthumsschutzes beruht auf Zweckmäßigkeitsgründen und unterliegt daher einer gewissen praktischen Biegsamkeit. Der gegenwärtige titulirte Besitzer hat

eine größere Wahrscheinlichkeit des Rechts auf seiner Seite, als der nicht titulirte ehemalige Besitzer. Beweist der Beklagte unmittelbaren Erwerb vom Kläger, so ist es nicht bloß wahrscheinlich, sondern gewiß, daß das Recht des Klägers aufgehoben ist, aber auch, wenn der Beklagte nur Erwerb von einem Dritten beweist, ist die Annahme gerechtfertigt, daß das Recht des Klägers aufgehört habe. Hier ist es, wo wir an die obige Bemerkung, daß die Annahme zu Gunsten des Klägers gebührend einzuschränken sei, anzuknüpfen haben. Wenn es dem Kläger gestattet ist, sich lediglich darauf zu stützen, daß sein Besitz älter ist, so kann man dem Beklagten nicht zumuthen, die Aufhebung des auf bloßer Annahme beruhenden klägerischen Rechts wirklich zu beweisen, es muß ihm ebenfalls eine Annahme zu statten kommen, nämlich die, daß er nicht habe redlich erwerben können, wenn das klägerische Recht noch fortbestände. So erscheint die Sache auf dem Gebiete der prozessualischen Wahrscheinlichkeitsberechnung, im materiellen Recht aber, dem die Einrede, wie sie liegt, nunmehr angehört, ist der Satz ein positiver, der ebenfalls keiner weiteren Begründung, etwa aus der Natur der bonae fidei possessio fähig ist.

Nach diesen Ausführungen siegt also der ehemalige Besitzer, es sei denn daß der gegenwärtige Besitzer einen redlichen Erwerb darzuthun vermag. So wenig dies der herrschenden Lehre der Civilisten entspricht, so sehr stimmt es mit der Anschauung überein, die noch heute im Strafprozeß allgemein ist. Gesetzt jemand vermißt eine ihm gehörige Sache und findet sie im Besitz eines Dritten. Er hat diesen im Verdacht des Diebstahls und denuncirt. In der Untersuchung wird ermittelt, daß der Denunciant die Sache früher als Eigenthümer besessen, daß der Angeklagte Gelegenheit zur Verübung des Diebstahls gehabt hat und daß er sich über den redlichen Erwerb der Sache nicht ausweisen kann. Denn auf letzteren Punkt richtet der Untersuchungsrichter natürlich sein besonderes Augenmerk. Unter diesen Umständen wird der Angeklagte höchstwahrscheinlich wegen Diebstahls verurtheilt werden. Gesetzt nun aber, der Bestohlene schlägt nicht

den Weg der Denuntiation, sondern den Weg der Civilklage ein. Hier beweist er nun zwar seinen ehemaligen Besitz, zufällige Umstände aber verhindern ihn, auch seinen Titel beweisen zu können. Nun siegt nach der herrschenden Lehre der Beklagte, ein Ergebniß, welches in der That ernste Beachtung verdient, denn ein so schreiender Widerspruch zwischen Civil- und Criminalverfahren muß auf unhaltbarer Grundlage beruhen und bringt den Criminalrichter, wenn es sich nach der Verurtheilung um Rückgabe des gestohlenen Guts handelt, in die peinlichste Verlegenheit.

Der Einrede des Titels, der zweiten Stufe der Relativität, kann der Kläger dadurch begegnen, daß er ebenfalls mit dem Rechtsgrund seines Besitzes hervortritt, wodurch sich dann weitere Stufen und Steigerungen ergeben, er kann diese Replik aber auch gleich in der Klage vorwegnehmen, in welchem Falle sie die Gestalt der Publiciana hat.

Eine Abart ist die Klage aus Verlust des Besitzes wider Willen, in welcher die Einrede des Titels wegfällt. Prozessualisch betrachtet liegt der Grund des Lehrsatzes darin, daß der, welcher den Besitz gehabt und ihn wider seinen Willen verloren hat, größere Wahrscheinlichkeit für sich hat, als der gegenwärtige auch titulirte Besitzer. Denn die Annahme, daß sein Recht aufgehoben sei, kann nicht Platz greifen. Auf dem Gebiete des materiellen Rechts, dem der Satz als solcher angehört, ist er als ein positiver hinzunehmen.

Bisher ist immer davon ausgegangen, daß der Kläger der wahre Eigenthümer ist. Nun kann es sich aber auch zutragen, daß dies nicht der Fall ist. Schon im § 3 ist jedoch ausgeführt, daß die Klage auch dann den allgemeinen Karacter einer Klage zum Schutz des Eigenthums bewahrt. Hinzuzufügen ist noch, daß die Sache, wenn man lediglich die Klage betrachtet, gar keine praktische Bedeutung hat, denn der Kläger hält sich für den Eigenthümer und stellt sich dem Richter als solchen dar. Es kann sich also nur fragen, ob der Beklagte im Wege der Einrede den Umstand geltend machen kann, daß der Beklagte nicht

der wahre Eigenthümer ist und diese Frage wird später behandelt werden.

Somit stehen dem Eigenthümer, der den Besitz der Sache eingebüßt hat, nach heutigem Recht drei Klagen zu Gebote: 1) die eigentliche Vindication, welche unverändert aus dem römischen Recht übernommen und in welcher der strenge Beweis des Eigenthums zu führen ist; 2) die Klage aus älterem Besitz, welche die Publiciana, und 3) die Klage aus Verlust wider Willen, welche die actio quod metus causa in rem scripta, soweit sie sich auf den Verlust von Sachen bezieht, absorbirt hat [10]).

In Ansehung der Belegstellen muß im Allgemeinen auf den geschichtlichen Theil verwiesen werden, wo sie für jeden Lehrsatz leicht aufzufinden sind. Es werden daher in der Folge nur neue Stellen, oder solche Stellen vorkommen, die ein spezifisches Interesse für die grade vorliegende Frage darbieten. Von selbst versteht es sich, daß auch das römische Recht, soweit es nicht auf anderen Grundlagen beruht, zu benutzen ist. Grade das Ineinanderarbeiten beider Elemente ist die Aufgabe.

I. Klage aus älterem Besitz.

1. Klagegrund.

§ 58.

a. Im Allgemeinen.

Kläger ist der ehemalige und Beklagter der gegenwärtige Besitzer der Sache. Der Kläger hat also im Leugnungsfalle zu

---

10) Neuerdings ist von Windscheid, Die Actio des röm. Civilr. 1856, ausgeführt worden, daß man nicht von „Klagen", sondern von „Ansprüchen" zu reden habe. Daß seine Auffassung in vieler Beziehung einen Fortschritt enthält, ist unverkennbar. Aber grade in Bezug auf dingliche Klagen ist von derselben wohl kein Gebrauch zu machen. Die Forderung, der obligatorische „Anspruch" kann ohne Rechtsverletzung bestehen und wird erst durch diese zur Klage. Das dingliche Recht besteht zwar auch vor der Rechtsverletzung, aber

beweisen: 1) seinen früheren Besitz und 2) den gegenwärtigen Besitz des Beklagten[1]).

Der ehemalige Besitz des Klägers muß ein juristischer Besitz cum animo domini gewesen sein[1a]). Doch stoßen wir hier wieder auf eine unerledigt gebliebene Controverse. Das germanische Recht kannte den Unterschied zwischen juristischem Besitz und bloßer Detention in seiner vollen Schärfe nicht, überdies versagte es dem Eigenthümer, der eine bewegliche Sache aus der Hand gegeben hatte, die Klage gegen den dritten Inhaber, es gab deshalb auch dem Detentor die Klage. Auch nach dem Zusammenstoß mit dem römischen Recht erhielt sich diese Auffassung. Die Glosse und Bartolus gestatteten dem Detentor die Klage unter dem Namen des judicis officium. Als dann die Theorie des rem. ex can. Red. ausgebildet wurde, stritt man Jahrhunderte lang darüber, ob das Rechtsmittel dem Detentor zustehe, ohne je zum Abschluß zu kommen[2]). Vergegenwärtigt man sich, daß die Klage zum Schutz des Eigenthums dienen soll und daß überdies die Nöthigung zu einer Annahme durch die Rechtsregel: Hand wahre Hand nicht mehr vorliegt, so ergiebt sich einfach, daß nur ein solcher factischer Zustand, der dem Eigenthum entspricht, also nur der juristische Besitz genügen kann. Doch kommen allerdings Fälle vor, in denen ein dringendes Bedürfniß vorhanden ist, auch dem Detentor die Klage zu geben, so wenn jemand auf einer Reise eine geborgte Sache verliert[3]). Indessen

---

nicht als Anspruch gegen eine bestimmte Person. Der Eigenthümer hat Anspruch auf Anerkennung seines Rechts gegen Alle, eine Klage aber nur gegen den, der sein Recht verletzt. Diesen Anspruch gegen eine bestimmte Person von der Klage gegen dieselbe unterscheiden zu wollen, würde eine allzufeine Distinction sein.

1) Als spezielle Quellen sind hier zu nennen: c. 9 X de Probat. (2, 19) und tit. Dig. de Publ. in rem act. (6, 2).

1a) L. 13 § 1 D. de Public. (6, 2). Vergl. § 67, No: 3.

2) Vergl. z. B. Ripa zu L. 15 D. de poss., No: 21, der bejahet. Menochi, de rec. poss. 15, No: 49—59, der verneint. — Fleck, p. 108, der bejahet. — Bruns, S. 231 und 393. — Pr. Ldr. I, 7. § 162 flg.

3) Diesen Fall führt Deurer an, Jahrb. f. Dogmatik, 1, S. 237.

bietet hier schon das römische Recht eine Aushülfe dar. L. 1 C. Si per vim (8, 5) giebt dem Stellvertreter des Besitzers, wenn er dejicirt wird und der Besitzer abwesend ist, Namens des letzteren das Interdict. Indem wir diese Regel in angemessener Erweiterung auf die dingliche Klage des deutschen Rechts übertragen, genügen wir dem praktischen Bedürfniß und lösen zugleich jene Controverse. Ist also der Besitzer abwesend, so kann der Stellvertreter klagen ohne Auftrag nachweisen zu müssen[4]), ist er aber anwesend, so gebührt ihm und nur ihm die Klage. Denn das versteht sich von selbst, daß auch derjenige zur Klage berechtigt ist, der den Besitz durch einen Stellvertreter ausgeübt hat[5]).

In Ansehung der Jungen von Thieren genügt es, wenn der Kläger das trächtige Mutterthier besessen hat[6]).

Wie lange der Besitz des Klägers gedauert hat, ist gleichgültig; auch ein ganz kurzer Besitz ist genügend. L. 12 § ult. D. de Publ.:

> Sed etiam is, qui momento possedit, recte hac actione experitur.

Indessen auch dieser Satz ist nicht immer und überall anerkannt, vielmehr treffen wir auch hier auf eine eigenthümliche Nachwirkung der germanischen Gewere. Der dort vorkommende Besitz von Jahr und Tag hat merkwürdige Schicksale gehabt. Das gemeine Recht machte, namentlich bei der Ersitzung, keinen Gebrauch von demselben. Das Kulmer und das sächsische Recht aber begnügten sich bei beweglichen Sachen mit der Frist von Jahr und Tag, während sie bei unbeweglichen Sachen diese Frist an die dreißigjährige Verjährung des römischen Rechts anhingen und so zu 31 Jahren 6 Wochen und 3 Tagen kamen. Das revidirte Lübische Recht nahm für bewegliche Sachen und für Dienst-

---

4) Schon Alciat lehrt dies zu L. 15 D. de possess., No: 7. cf. die Erklärung der L. 1 C. cit. in den spätern glossirten Ausgaben des corp. jur.

5) Fleck p. 101.

6) L. 11 § 2 D. de Public. (6, 2) und L. 48 § 5 i. f. D. de furtis (47, 2). Obrock, de Publ. in r. act. S. 86.

barkeiten die einfache Frist von Jahr und Tag an[7]). Am merkwürdigsten jedoch ist die Verbindung der germanischen Frist mit den Besitzklagen. Die älteste Spur derselben zeigt sich in Frankreich, wo der Annalbesitz bei Besitzklagen, der noch im Code gilt, schon im dreizehnten Jahrhundert auftritt[8]) und damit ist das Bairische Landrecht von 1346 zu verbinden[9]). Aber auch für das gemeine Recht Deutschlands wurde zuweilen der Satz behauptet, daß die Besitzstörungsklage einen einjährigen Besitz voraussetze[10]). Ganz besonders waren es die sächsischen Juristen, die ihn aufstellten und sogar für das Summariissimum[11]), indeß wurde diese Meinung durch die Erläuterte Prozeßordnung von 1724 gemißbilligt. Aber auch in anderen Particularrechten findet sich diese Bestimmung, namentlich im Project des Cod. Frider. Marchici Th. IV, Tit. 3 § 3 und im Cod. jud. bavar. von 1753 c. 3 § 8[12]).

Daß wir es hier mit einem Rest germanischen Rechts zu thun haben, ist wohl unzweifelhaft[13]), aber die Beibehaltung beruht auf einem Mißverständniß. Für die dingliche Klage ließe sich die Sache als möglich hören, indeß hat die gemeine Meinung mit Recht sich davon losgemacht[14]), in Ansehung der Be-

7) Kulm. III, 108. — Haubold, sächs. Priv. R. § 185. — Lüb. R. I, 8. — Vergl. Unterholzner, Verj. Lehre § 23.

8) S. oben § 49.

9) S. oben § 14 z. E.

10) S. z. B. Schaumburg, Princ. prax. jur. jud. I, 2 c. 4 § 3, No: 5. — Roßhirt, Dogmengesch. S. 200.

11) Carpzov, Defin. II, 7. d. 14. — Berger, Electa proc. poss. § 22. — Hommel, de proc. poss. summ. qu. 5. — Kind, quaest. for. III, 15. — Pfotenhauer, neuester Bes. § 9.

12) Vergl. auch: Rudolst. P. O. II, 2 § 7. — Altenb. P. O. II, 3 § 7. — Gothaer P. O. II, 4 § 7. — Sondersh. Ges. v. 20. Febr. 1834 § 185—189. vergl. mit Ges. v. 12. Oct. 1837 § 67, welches den Annalbesitz wieder aufhebt.

13) Mittermaier, Beiträge IV, S. 323, 310. Bruns, S. 404, Anm. 2.

14) S. z. B. Struv, Synt. ex. 45 § 120: In probanda autem antiquiore possessione etiam unius horae momenti vel puncti anterioritas sufficit.

sitzklagen aber ist gewiß dieser Ballast, wo er noch sich vorfindet, über Bord zu werfen.

Zu den obigen Erfordernissen muß aber 3) noch bona fides des Klägers hinzukommen und zwar fortdauernde. Wenn darüber gestritten worden, ob nicht auch der malae fidei possessor die Spolienklage anstellen könne[15]), so hat das hier keine Bedeutung, wo die Spolienklage nur in Betracht kommt, insofern sie dinglich, nicht aber insofern sie Besitzklage ist und nur auf diese letztere Function bezieht sich der Streit, was freilich nicht ausdrücklich gesagt ist, da man beide Functionen nicht von einander trennte. In Bezug auf die Publiciana ist es außer Zweifel, daß guter Glaube erforderlich ist[16]), man streitet aber darüber, ob mala fides superveniens der Klage im Wege stehe. Betrachten wir bloß das römische Recht, so ist die Sache unbedingt zweifelhaft, da ja die Klage auf der Fiction der Ersitzung beruht und diese den fortdauernden guten Glauben nicht erfordert[17]), für das heutige Recht aber würde man wohl sich für die Meinung derer entscheiden müssen, welche auf Grund der bekannten canonischen Bestimmungen die Nothwendigkeit der Fortdauer behaupten[18]). Indessen hat die Erörterung dieser Streitfrage aus dem Standpunkt der Fiction hier kein Interesse, weil dieser Standpunkt für die dingliche Klage des deutschen Rechts nicht vorhanden ist. Hier entscheidet die Betrachtung, daß die Klage eine Klage zum Schutz des Eigenthums ist und demjenigen nicht zu statten kommen kann, der es weiß, daß ein Anderer Eigenthümer ist. Es soll zwar der Erfolg nicht ausgeschlossen sein, daß der Nichteigenthümer den minder Berechtigten überwindet (§ 3 und 57 z. E.), allein nimmermehr kann dies dem malae fidei possessor zu Gute kommen, da niemand, der es weiß, daß er nicht Eigenthümer ist, verlangen kann, auch einem rechtlosen Besitzer

15) Maranta, No: 58. — Menochi, de recup. poss. XV, No: 61. — Ziegler und Woltär, c. 3 § 13.

16) L. 7 § 11 D. de Publ. (6, 2).

17) Vergl. auch L. 48 § 1 D. de A. R. D. (41, 1).

18) Sintenis § 53 Anm. 12.

gegenüber als Eigenthümer angesehen zu werden. Die Frage hat übrigens wenig praktische Bedeutung, denn der Kläger braucht den guten Glauben nicht zu beweisen. Die Vermuthung für die Redlichkeit des Besitzes, welche übrigens weder mit der Fehlerfreiheit noch mit dem Vorhandensein des Titels[19]) zu verwechseln ist, findet sich zwar nicht in den Quellen des römischen Rechts, indeß wird sich schwerlich behaupten lassen, daß sie dem Geiste des römischen Rechts widerspreche[20]). Jedenfalls steht der Satz, daß der gute Glaube keines Beweises bedarf, für das heutige Recht fest. Schon die Glosse spricht ihn mit großer Bestimmtheit so aus: probatur eo ipso, quod non probatur contrarium[21]) und noch heute halten Theorie und Praxis ihn fest[22]), wenn auch zuweilen das Gegentheil behauptet ist.

Der directe Gegenbeweis[23]) des Beklagten ist darauf gerichtet, entweder, daß er, Beklagter, nicht besitze, oder darauf, daß der Kläger nicht besessen, wenigstens nicht als Eigenthümer besessen habe, oder aber darauf, daß der Kläger sich in mala fide befinde. Der Nichtbesitz des Klägers kann künstlich dargethan werden, nämlich so, daß bewiesen wird, es habe zu der

---

19) L. 27 D. de usurp. (41, 3). — L. 8 § 1 C. de praescr. XXX v. XL ann. (7, 39).

20) Arg. L. 18 § 1 D. de Probat. (22, 3). L. 30 C. de evict. (8, 44 al. 45).

21) Gl. probetur zu L. 11 C. de praescr. l. t. (7, 33); und Gl. Debes zu L. penult. C. de evict. (8, 45). — Der Glosse folgen: Durantis, Spec. jur. lib. IV. tit. de causa poss. § 5, No: 11 und tit. de Praescript., No: 10. — Bartolus zu L. 27 D. de usuc. (41, 3). — Menochi, de Praesumtionibus, lib. III. pr. 130. — J. Mascard, de Probationibus, c. 1220, No: 43, 44, nur bei Servituten macht er eine übrigens stark limitirte Ausnahme: c. 1221, No: 15—19. — Donellus lib. XI. c. 12 p. 547.

22) Glück, Pand. Comm. VIII, S. 332 und IX, S. 139. — Göschen, Vorlesungen II, § 258, No: 6. — Seuffert, Pand. Recht § 136. — Archiv I, 408 sub 4; IX, 1. — Holzschuher, Theorie II, S. 52 Fr. 4. — Sell, Eigenthum S. 242. — Puchta, Pand. u. Vorles. § 97. Savigny, System, III, 372.

23) Über die prozessualische Behandlung s. Planck, Beweisurtheil § 33.

Zeit, da der Kläger besessen haben will, ein Anderer besessen[24]) oder aber, der Kläger sei überhaupt oder der Zeit unfähig gewesen, Sachen der fraglichen Art zu besitzen. Als Beispiele werden angeführt: ein Laye, der wegen seiner angeblichen Pfründe und ein Mönch, der wegen seiner angeblichen Ehefrau klagt[25]).

Antrag und Urtheil gehen nicht, wie in der Vindication auf Anerkennung eines Rechts, sondern einfach auf Herausgabe der Sache[26]).

§ 59.

b. Berufung auf den Besitz des Erblassers.

(Der Todte erbt den Lebendigen.)

Es ist nicht nöthig, daß der Kläger selbst besessen hat, es genügt, wenn er den Besitz seines Erblassers oder des Erblassers seines Erblassers u. s. f. darthun kann. Eine Zeitgrenze giebt es an sich für den Kläger nicht, doch findet diese scheinbare Schrankenlosigkeit ihre sehr bestimmte Grenze durch die Einreden der Verjährung und Ersitzung. In dieser Berufung auf den Besitz des Erblassers liegt der wahre Sinn der berühmten und meist mißverstandenen Rechtsregel: der Todte erbt den Lebendigen, insoweit sie in der That gemeinrechtlich geworden ist.

Der germanische Grundsatz vom Übergang der Gewere auf den Erben hat zunächst eine Beziehung zum Erbrecht. Das römische Recht verlangt einen Antritt der Erbschaft, während die Gewere von selbst übergeht. Dieser Punkt interessirt hier nicht. Sodann aber hat jener Grundsatz eine speziellere Beziehung auf den Übergang des Eigenthumsschutzes und von diesem ist hier die Rede. Schon die Römer haben etwas Verwandtes in ihrer accessio possessionis, eine Analogie, auf welche die Glosse zum Sachsenspiegel III, 83 bereits aufmerksam gemacht hat. Der Erbe succedirt zwar nicht in den Besitz wohl aber in die con-

24) Mascard, de Probat. c. 1328, No: 13.
25) Menochi, de Rec. poss. XV, No: 433 flg. Fleck, p. 129.
26) Menochi, de Recup. poss. XV, No: 247 flg.

ditio usucapiendi des Erblassers[1]). Dieser wichtige Satz, der ausdrücklich als eine Singularität bezeichnet wird[2]), ist auch auf die Publiciana von Einfluß. Den Römern ist diese Frage mehrfach nahe getreten und zwar in folgenden Anwendungen.

1) In Bezug auf den Erben. Hier fehlt es an einer ausdrücklichen Bestimmung. Zwar heißt es in L. 7 § 9 D. de Publ.

haec actio et heredi et honorariis successoribus competit,

aber darin liegt nur, daß der Erbe die Publiciana, falls sie in der Person des Erblassers bereits begründet war, anstellen kann, ohne selbst besessen zu haben. Es muß also vor dem Tode des Erblassers actio nata gewesen sein, dazu gehört aber, daß schon den Erblasser die vorliegende Rechtsverletzung betroffen hat[3]). Ist also der Besitz der Sache, ehe ihn der Erbe ergriffen, jedoch nach dem Tode des Erblassers auf einen Dritten übergegangen, so kann der Erbe aus der Person des Erblassers nicht klagen, auch nicht mit Berufung auf die Lehre von der hereditas jacens, da diese des Besitzes unfähig ist[4]). Die hereditatis petitio[5]) oder das interdictum quorum bonorum werden zuweilen aushelfen können, aber doch nur gegen den, der pro herede oder pro possessore besitzt, auch setzt letzteres den oft schwierigen Beweis voraus, daß der Erblasser im Augenblick des Todes besessen hat[6]). Ebenso mißlich steht die Sache, wenn zwar schon der Erblasser selbst den Besitz eingebüßt und somit eine Klage erworben hatte, die Person des Besitzers aber nach dem Tode gewechselt hat. Alsdann ist zwar actio nata, aber nicht gegen den jetzi-

---

1) Puchta, Pand. § 156, Not. l.

2) L. 44 § 3 D. de usurp. (41, 3), vergl. mit L. 13 § 12 D. de poss. (41, 2) und L. ult. D. de div. temp. (44, 3).

3) Dies hat Arndts, krit. Überschau I, S. 366 übersehen.

4) L. 1 § 15 D. si is qui test. (47, 4). — L. 68 D. de furtis (47, 2). — L. 2 D. expil. hered. (47, 19). — Pauli sent. rec. II, 31 § 11.

5) L. 19 pr. D. de hered. pet. (5, 3). — L. 14 § 2 D. quod metus (4, 2).

6) L. 2 C. quor. bon. (8, 2). — L. un. pr. Th. C. eod. (4, 21).

gen Besitzer, der seinerseits das Recht des Erblassers nicht verletzt hat. Die Klage gegen den früheren Besitzer ist durchaus nicht identisch mit der Klage gegen den späteren Besitzer, wie sich aus der Behandlung des Einwandes der Verjährung ergiebt[7]). So gewährt denn obige L. 7 § 9 dem Erben nur einen sehr beschränkten Rechtsschutz. Es läßt sich aber auf andere Weise darthun, daß die Publiciana dem Erben zusteht, wenn er auch nur beweist, daß der Erblasser Usucapionsbesitzer gewesen und der Beklagte jetzt besitzt, gleichviel wann der Besitz verloren gegangen und wann der Beklagte ihn erlangt hat. Da nämlich der Erbe in die Usucapion succedirt, ohne selbst zu besitzen, so succedirt er auch in die fingirte Usucapion, d. h. in das Recht, die Publiciana im Fall einer Verletzung anzustellen.

2) In Bezug auf das Universal-Fideicommiß. Hier heißt es ausdrücklich:

> is cui ex Trebelliano hereditas restituta est, etiamsi non fuerit nactus possessionem, uti potest Publiciana. L. 12 § 1 D. de Publ.

womit zu verbinden ist:

> L. 63 pr. D. ad SC. Treb. (36, 1) omnes res in bonis fiunt ejus, cui restituta est hereditas, etsi nondum nactus fuerit possessionem.

Obige Stelle wird jedoch meist mißverstanden. Man meint nämlich, es genüge der Besitz des Erblassers, auf die causa seines Besitzes komme es nicht an[8]). Das wäre in der That eine wunderliche Species der Publiciana, gegründet auf einfachen Besitz ohne justa causa, denn das Erbrecht des Fideicommissars kann die causa nicht abgeben, da der Titel Grund des Besitzes sein muß, demselben aber nicht erst nachfolgen darf. Man rechtfertigt die Meinung dadurch, daß ja das Eigenthum selbst ohne vermittelnden Besitz übergehe, allein doch nur, wenn der Erblasser

---

7) Göschen, I, § 149 a. E. L. 8 § 1 C. de praescr. XXX vel XL ann. (7, 39) verb.: tunc licentia sit priori domino eam vindicare.

8) Vangerow § 335 II, 1. a. — Sell, Eigenthum § 101 a. E.

Eigenthümer war. Auch müßte dasselbe vom Civilerben gelten[9]), da ja auch der Erbe ohne Weiteres Eigenthümer wird[10]), und doch wird diese Folgerung nicht anerkannt. Es geht auch hier, wie in dem vorigen Falle die conditio usucapiendi über, aber der Kläger hat auch die Bedingungen derselben in der Person des Erblassers darzuthun[11]). Sind diese nicht vorhanden, so ist auf dem Standpunkte des römischen Rechts nichts da, was auf den Nachfolger übergehen könnte.

3) In Bezug auf das Legat und die mortis causa donatio.

L. 1 § 2 de Publ. Sed cur traditionis duntaxat et usucapionis fecit mentionem? quum satis multae sint juris partes, quibus dominium quis nanciscatur, utputa legatum, L. 2 vel mortis causa donationes factae; nam amissa possessione competit Publiciana.

Auch diese Stelle hat man irriger Weise so ausgelegt, daß man dem Legatar und Donatar, die selbst nicht besessen haben, die Klage gestatten will, ohne daß es des Nachweises der conditio usucapiendi des Erblassers bedürfte. Allein augenscheinlich denkt sich der Jurist den Fall so, daß der Legatar oder Donatar selbst bereits besessen hat. Dies ergiebt sich aus den Worten amissa possessione, welche grammatisch nur auf jene Personen, nicht aber auf den Erblasser bezogen werden können. In zwei Parallelstellen wird denn auch diese Voraussetzung unzweifelhaft angegeben:

§ 4 I. de act. (4, 6) si cui res tradita fuerit, veluti ex causa... legatorum... si ejus rei possessionem casu amiserit, rel.

L. 13 pr. D. de Publ. quaecunque sunt justae causae ac-

---

9) Beide werden in L. 7 § 9 cit. zusammengestellt.

10) § 6 I. per quas pers. (2, 9). — L. 37 D. de acquir. hered. (29, 2).

11) Schon Bartolus zu L. 12 § 1 cit. hat die richtige Ansicht. Vergl. außerdem Bachov. Disput. 3. de act. th. 18. — Schweppe, Handbuch § 277. — Schmid, Handb. des gem. R. I, S. 361, No: 22. — Weitere Citate s. bei Glück, VIII, S. 329 Anm. 58.

quirendarum rerum, si ex his causis nacti res amiserimus, dabitur rel.

In der That hatte der Jurist auch so alle Veranlassung zur erweiternden Interpretation des Edicts. Legatar und Donatar können auch ohne Tradition zum Besitz der Sache gelangt sein und zwar sogar ex voluntate heredis[12]), dann aber würden sie nach den Worten des Edicts von der Klage ausgeschlossen gewesen sein, sie würden, wenn der Erblasser Eigenthümer gewesen, die Vindication, wenn er nicht Eigenthümer gewesen, die Usucapion[13]) gehabt, vor Vollendung derselben aber die Publiciana nicht gehabt haben. Obige Stelle gehört also gar nicht hierher, es fehlt vielmehr für den Fall, daß Legatar und Donatar selbst noch nicht besessen haben, an einer ausdrücklichen Entscheidung. Nach dem vorhin aufgestellten Grundsatz müssen wir diesen Personen auf dem Standpunkte des römischen Rechts die Klage selbst dann versagen, wenn der Erblasser sich in conditione usucapiendi befand, weil die accessio possessionis ihnen ohne eigenen Besitz nicht zu statten kommt[14]).

Für das römische Recht müssen wir also annehmen, daß der Rechtsschutz, dessen sich die conditio usucapiendi durch die Publiciana erfreut, auf Erben und Erbnehmer, nicht aber auf Legatare und Donatare übergeht. Einen Schritt weiter geht das moderne Recht. Es läßt consequenter Weise den Rechtsschutz, den der einfache ehemalige Besitz gewährt, auf den Erben übergehen und drückt dies durch das Rechtssprichwort aus: der Todte erbt den Lebendigen. Der geschichtliche Verlauf ist folgender[14a]).

---

12) L. 1 § 14 D. quod legat. (43, 3). L. 8 D. pro leg. (41, 8). cf. auch L. 1 § 5 D. de exc. rei vend. (21, 3) „sine vitio."

13) L. 8 cit.

14) Tit. Dig. pro leg. (41, 8), insbes. L. 8. Vangerow, I, § 322 S. 690.

14a) Hier und anderwärts erschien es angemessen, gewisse spezielle geschichtliche Expositionen, welche den Gang der Entwicklung im ersten, auf ein bestimmtes Ziel gerichteten Theile unterbrochen haben würden, im dogmatischen Theil nachzuholen.

Der germanische Grundsatz vom Übergang der Gewere auf den Erben trat mit dem Satz des römischen Rechts in Berührung, daß der Besitz nicht auf den Erben übergeht, sondern von ihm besonders erworben werden muß[15]). Es ist schon (S. 69) bemerkt, daß in dieser Beziehung kein Conflict vorliegt. Wenn man sich für die Ansicht, daß das ältere deutsche Recht den Übergang des Besitzes annehme, auf die Stellen beruft, welche vom Übergang der Gewere reden, so wird übersehen, daß Gewere ein sehr vieldeutiges Wort ist; es stünde auch zu beweisen, daß Gewere dort den thatsächlichen Besitz bedeute. Gegen den unmittelbaren Übergang spricht namentlich Sächs. Ldr. III, 31 § 2 (oben S. 75), wo es heißt, daß die dingliche Klage gegen die Erben des Besitzers nicht gehe, wenn sie nicht selbst besitzen, ein Satz, der in der Glosse zu I, 6 (Kraut § 171, No: 13) wiederkehrt. Entscheidend ist endlich der innere Grund, daß der Satz keine praktische Bedeutung gehabt hätte. Denn kein Rechtssatz kann Unmögliches bewirken und dem Erben einen factischen Besitz verschaffen, den er nicht hat. Es könnte doch also nur davon die Rede sein, daß der Erbe gewisse Rechte des Besitzers, deren Ausübung ohne thatsächliche Innehabung möglich ist, erhalte, d. h. daß er Anspruch auf Besitzklagen machen könne. Allein Besitzklagen waren dem germanischen Recht unbekannt und somit konnte diese Frage gar nicht aufgeworfen werden. Der germanische Übergang der Gewere bezieht sich nicht auf den Schutz des Besitzes, sondern, wie bereits gezeigt worden, auf den Schutz des Eigenthums. Freilich wurde dies von Hause aus verkannt, aber das ist nicht mehr auffällig, als der Umstand, daß die dingliche Klage des deutschen Rechts für eine possessorische Klage gehalten wurde. In diesem vermeintlichen Conflicte siegte das römische Recht[16]), es mußte siegen und es ist

15) L. 23 pr. D. de poss. — L. 30 § 5 eod.

16) Vergl. die Glosse und die Commentatoren zu obigen Stellen, auch Menochi, de Retin. poss. III, No: 59 flg. sowie de Recup. poss. I, 392 flg. Weitere Nachweisungen s. bei Glück (Mühlenbruch) 43 S. 86 flg. und S. 238 flg.

eine Wohlthat, daß es gesiegt hat, denn die angebliche Abweichung des germanischen Rechts existirte gar nicht. Desto lebhafter wucherte die Idee des Besitzüberganges in den Particularrechten. Die meisten älteren italienischen Stadtrechte, wie die von Mailand, Pavia, Padua, Brescia und Ferrara[17]) enthielten den Satz: defuncti possessionem in heredem continuari, namentlich heißt es in den Statuten von Ferrara: quod ex ea possessione tribuantur seu competant quaelibet interdicta et remedia possessoria, etiam recuperandae. Ähnlich lauten deutsche Particularrechte[18]) und welche Bedeutung in Frankreich der Satz gewonnen hat, ist bekannt[19]). In den ersten Zeiten des Zusammenstoßes hatte die Beziehung auf die Besitzklagen wenig oder keine Gefahr, denn die römischen Interdicte, welche man in der Praxis fast nur dem Namen nach kannte[20]), dienten im Wesentlichen nur als Hülle für die dingliche Klage des deutschen Rechts. Der Übergang der possessio war praktisch im Wesentlichen nichts anderes als der Übergang der Gewere, d. h. der Übergang des Eigenthumsschutzes. Erst später, als man dem Erben die römischen Interdicte geben wollte, entstand eine nachtheilige Verwirrung.

Soviel vom Übergang des Besitzes. Was den Übergang des Eigenthumsschutzes betrifft, so wurde dieser niemals bezwei-

---

17) S. die Citate bei Menochi l. c. außerdem in tract. de Adip. poss. IV, No: 346 und 347 und de Recup. poss. I, No: 411. Dies ist die possessio civilissima, s. oben § 19 z. E.

18) Magdeb. Pol. O. E. XLIV § 15. — Churköln. Rechtsordn. IX, § 1. — Brüssel. Stadtr. Tit. Van der succession. Art. 247 (Kraut, § 171, 3, a). — S. auch Entwurf e. bürg. G. B. für Sachsen § 2014 und G. B. für d. Kanton Zürich § 493. Bemerkenswerth ist, daß Mevius sagt: in inferiori Germania ejusmodi statutum aut consuetudo ignoratur; ad jus Lubec. II, 2 art. 27, No: 8.

19) Schon Joh. Faber sagt im Comm. zu den Institut. IV, 15. § Retinendae, No: 9: hoc tamen non servat curia Franciae in succedentibus universaliter ratione sanguinis, quos possessores sine apprehensione reputat.

20) Noch Giphanius bemerkt: I. U. V. foro, ut ita dicam, cessit. S. oben § 25 bei Anm. 10.

felt, weil die Theorie den Satz, daß bei der Klage aus älterem Besitz Berufung auf den Besitz des Erblassers zulässig sei[21]), nicht aus dem Übergange des Besitzes herleitete. In der Regel beruhigte man sich damit, auszusprechen, daß die Klage activ auf den Erben übergehe[22]), was mit dem römischen Recht übereinstimmte[23]), aber freilich, wie oben gezeigt ist, die Wahrheit nur halb enthält.

Was vom Erben und Erbnehmer gilt, muß auch, und dies ist eine weitere Modification des römischen Rechts, vom Legatar und denjenigen Personen gelten, welche ihm gleichgestellt sind. Es liegt allerdings, da sie Singular-Successoren sind, eine Anomalie vor, aber es ist nicht weniger anomal, daß das Eigenthum ohne Tradition übergeht, und wo das Eigenthum übergeht, muß auch der Rechtsschutz des Eigenthums übergehen.

Werfen wir von hier aus einen Rückblick auf die accessio possessionis bei der Universal-Succession. Der Rechtsschutz, der in der conditio usucapiendi liegt, geht auf den Erben über, obwohl der Besitz nicht übergeht, ebenso geht vermöge der deutschen Rechtsregel der Rechtsschutz, welchen der Erblasser wegen des einmal gehabten Besitzes genoß, auf den Erben über, obwohl der Besitz nicht übergeht. Diese Analogie zeigt sich auch darin, daß grade rücksichtlich dieser successio in usucapionem jener merkwürdige Ausspruch der Quellen vorkommt: possessio defuncti quasi juncta descendit ad heredem. Auch die Römer brauchten also possessio, wie die Germanen ihre Gewere für den darauf beruhenden Rechtsschutz, jene bei der Usucapion,

---

21) Statuten von Pavia und Lucca oben § 37, No: 5 und 3. — Paul de Castro, II, cons. 92. — Alexander Tartagnus, III, cons. 33 u. IV, cons. 92. — Phil. Decius, cons. 57. — Menochi, de Praesumt. VI, pr. 64, No: 17. desgl. de retin. poss. III, No: 726, vers. possessio autem. — Struv, Syntagma exerc. 45 § 12, δ. — Voet, VI, 2, No: 2 i. f.

22) Maranta, ordo jud. IV, 7, No: 36 i. f. — Ziegler u. Woltär, c. 3 § 9. — Biener, Syst. Proc. § 269. — Fleck, p. 106.

23) L. 1 § 44 D. de vi (43, 16) und L. 7 § 9 de Publiciana.

diese bei der dinglichen Klage. Auch hier zeigt sich wieder die Richtigkeit der Behauptung, daß die dingliche Klage des deutschen Rechts nur eine consequente Fortbildung der von den Römern angebahnten Behandlung des Eigenthumsschutzes ist. Wir haben deshalb in dieser accessio possessionis zugleich einen Anhalt zur Entscheidung zweifelhafter Fragen bei Anwendung der deutschen Rechtsregel. Alles was von jener gilt, muß auch hier wahr sein, soweit die Natur der Verhältnisse es zuläßt. Hieraus folgt: 1) wie bei der successio in usucapionem der Erblasser in conditione usucapiendi gewesen sein muß, so muß hier der Besitz des Erblassers von der Art gewesen sein, daß er selbst die Klage hätte anstellen können, d. h. er muß Besitzer in gutem Glauben gewesen sein; 2) dagegen ist nicht, wie bei der Usucapion, ununterbrochener Besitz nöthig, auch schadet der Zwischenbesitz eines Dritten oder des Gegners nicht, denn der Rechtsschutz aus früher vorhanden gewesenem Besitz wird durch späteren Besitz eines Andern nicht aufgehoben, im Gegentheil, diesem gegenüber sich wirksam zu erweisen, ist seine eigentliche Bedeutung.

§ 60.

2. Einreden.

1) Die Einrede des älteren Besitzes. Behauptet der Beklagte älteren Besitz als Kläger und zugleich Fortdauer dieses Besitzes bis zur Gegenwart, so ist das ein Leugnen des Klagegrundes, weil dann der Kläger überall nicht besessen haben kann, und gehört zum directen Gegenbeweise. Behauptet aber der Beklagte, daß er, abgesehen von seinem gegenwärtigen Besitze schon früher einmal und zwar vor dem Zwischenbesitze des Klägers besessen habe, so hat diese Behauptung die Natur einer Einrede, welche, wie sich von selbst versteht, die Klage ausschließt[1]).

1) c. 9 X de Probat. (2, 19) und die Commentatoren zu dieser Stelle. — Baldus zu L. 3 C. si a non co. jud. (7, 48). — Mittermaier, Beiträge IV, S. 327.

2) Die Einrede des Titels. Sobald der Beklagte rechten Erwerb beweisen kann, so ist damit ohne Rücksicht auf das Altersverhältniß zwischen dem Besitz des Klägers und dem Titel des Beklagten, die Klage beseitigt. In Ansehung der justa causa gelten dieselben Regeln, wie bei der Ersitzung, jedoch mit den für die Publiciana angenommenen Modificationen. Im Einzelnen ist Folgendes zu bemerken. 1) Beim titulus pro emtore ist der Nachweis, daß das Kaufgeld gezahlt oder gestundet worden, nicht erforderlich[2]. 2) Bei jedem auf Tradition beruhenden Titel ist es gleichgültig, ob die Sache dem Erwerber oder erst dessen Erben tradirt ist[3]. 3) Der dolus des Veräußerers hindert in der Regel die Usucapion[4], auf dem Gebiete der dinglichen Klage aber kommt es lediglich auf den guten Glauben des Empfängers an[5]. 4) Der Titel muß rechtsbeständig sein; dies gilt von der Usucapion[6] und von der Publiciana[7], aber mit einer wichtigen Ausnahme. Wenn nämlich der Empfänger den Titel vermöge eines factischen entschuldbaren Irrthums für gültig hielt, so kann er usucapiren[8] und sich der Publiciana

---

2) L. 8 D. de Public. (6, 2).

3) L. 9 pr. D. eod. cf. L. 43 pr. D. de usurp. (41, 3).

4) § 3 I. de usuc. (2, 6). — L. 6 C. de furtis (6, 2). — L. 1 C. de usuc. pro emt. (7, 26). — L. 2 C. de usuc. pro don. (7, 27). — Nov. 119 c. 7.

5) L. 7 § 11, 14, 17 L. 13 § 2 D. de Public. (6, 2). Vergl. L. 52 (53) § 10 D. de furtis (47, 2) und L. 4 § 27 D. de doli exc. (44, 4), auch unten § 67 Anm. 8 und 9.

6) § 11 I. de usuc. (2, 6). — L. 5 C. de praescr. (7, 33). — L. 1 pr. D. pro don. (41, 6). — L. 6 D. pro derel. (41, 7). — L. 1—3 D. pro leg. (41, 8). — L. 27 D. de usurp. (41, 3). — L. 48 eod. — L. 4 C. de us. pro her. (7, 29). — L. 2 pr. D. pro emt. (41, 4). — L. 1 § 4 D. pro dote (41, 9).

7) L. 13 § 2 in. D. de Public.

8) L. 44 § 4 i. f. de usurp. (41, 3). — L. 5 § 1 D. pro suo (41, 10) Scheurl, Beiträge II, S. 75. Daraus erklären sich die übrigen Stellen bei Stintzing, das Wesen von bona fides und titulus § 21, namentlich: L. 2 § 15, 16 D. pro emt. (41, 4). L. 13 § 1 D. de usurp. — L. 7 § 2 D. de Public. — L. 4 und 9 D. pro leg. — L. 4 § 2 D. pro suo. — L. 11 D.

bedienen[9]). 5) Wie steht es, wenn der wahre Erbe eine Sache behalten will, die der Erblasser besessen hatte und die ein Dritter mit der dinglichen Klage in Anspruch nimmt? Das germanische Recht erkennt einen Vorzug des Erben als solchen nicht an, nur wenn der Erblasser älterer Besitzer gewesen, siegt der Erbe (§ 10). Hätte man diesen Grundsatz beibehalten, so würde der Erbe nur mit der Einrede des älteren Besitzes aus der Person des Erblassers zu hören sein, es sei denn, daß er mit dem Titel des Erblassers hervorzutreten vermöchte. Dies wäre jedoch eine große Unbilligkeit, da dem Erben in der Regel unbekannt sein wird, wie der Erblasser zur Sache gelangt ist. Dazu kam, daß das römische Recht dem Erben im vorausgesetzten Fall die Usucapion gestattet[10]) wobei man fast allgemein von einem titulus pro herede sprach. Auch heute ist man, obwohl unter Modificationen, darüber einig, daß der Erbe als solcher usucapiren kann, nur streitet man darüber, ob er den titulus pro herede oder den titulus pro suo geltend zu machen habe[11]). So hat sich denn der Lehrsatz ausgebildet, daß Ererbung einen Titel bildet, jedoch mit einer nothwendigen, schon in der Glosse zu der angezogenen L. 3 angedeuteten Einschränkung: war nämlich der Besitz des Erblassers mit einem Vitium behaftet, so ist Erbschaft kein Titel, denn der Erbe succedirt in den Fehler[12]). Auf diesen Fall muß die L. 4 C. de usuc. pro her. (7, 29) bezogen werden. Da den Gegner die Beweislast trifft, so ist diese Einschränkung prak-

---

pro emt. — L. 46 und 48 D. de usurp. — L. 3 D. pro suo. — L. 2 pr. D. pro emt. — L. 57 D. mand. — L. 7 § 6 D. pro emt.

9) L. 7 § 2 D. de Publ. (Auf die entgegenstehende L. 2 § 16 D. pro emt. nimmt man mit Recht keine Rücksicht.) — L. 13 § 2. L. 7 § 4 D. de Public. — L. 109 D. de V. S. L. 5 D. de Public.

10) L. 3 D. pro her (41, 5) Plerique putaverunt, si heres sim et putem rem aliquam ex hereditate esse, quae non sit, posse me usucapere. cf. L. 3 § 4 D. de poss. (41, 2)

11) Puchta, Vorles. § 157. — Unterholzner, Verj. Lehre § 107. — Vangerow, § 320.

12) L. 11 D. de div. temp. praescr. (44, 3). — L. 11 C. de poss. (7, 32). — L. 11 § 2 i. f. D. de Publ. (6, 2).

tisch nicht sehr erheblich. Beim Legatar gilt sie überall nicht, weil er nicht in omne jus defuncti succedirt[13]. Im Anschluß hieran und in weiterer Consequenz der im Eingange des § 55 geschilderten Entwicklung gestattete man die Einrede des Titels auf Grund der Ererbung gegen die dingliche Klage[14].

3) Die Einrede des Eigenthums; sie findet gegen die dingliche Klage des deutschen Rechts ebenso statt, wie gegen die Publiciana, namentlich auch auf Grund der Ersitzung[15].

4) Die Einrede der Veräußerung. Wird dem Kläger nachgewiesen, daß er die früher besessene Sache selbst veräußert hat, so ist die Klage zerstört. Diese Einrede kann in zwiefacher Gestalt vorkommen, einmal so, daß Veräußerung an den Beklagten selbst, und sodann in der Art, daß Veräußerung an einen Dritten behauptet wird. In beiden Fällen ist sie begründet.

Was zunächst die Veräußerung an den Beklagten selbst betrifft, so versteht sich, daß der Beklagte mit dieser Behauptung gehört werden muß, denn der Kläger handelt betrüglich, wenn er die veräußerte Sache zurückfordert[16]. Man möchte

---

13) L. 1 und 8 D. pro leg. (41, 8). — L. 5 pr. D. de div. temp. praescr. (44, 3).

14) Dies kommt schon im Landr. der Grafschaft Sarbrük v. J. 1321 c. 3 Art. 4 vor: „Ist es dem Besitzer von seinen Eltern zugefallen und daß er seiner Eltern Tittel, Ingang oder Recht nit an weiß, womit sie daß besessen hant, so ist genug, daß er mit seines eines hand bewarth, als recht ist, daß er nicht anders weiß und glaube, dan seine Fordern daß erbe mit Recht besessen und also als ihr rechtlich erb auf ihn bracht. (Nahmer, die Landrechte des Ober- und Mittelrheins, II, S. 938 flg.) — Kreittmayr, Anmerk. zum Cod. bavar. II, S. 197.

15) L. 16, 17 D. de Public. (6, 2). — L. 57 D. mand. (17, 1). cf. auch L. 7 i. f. C. de pet. hered. (3, 31); und L. 76 § 1 D. de contr. emt. (18, 1). Über mögliche Repliken s. L. 28 D. de noxal. act. (9, 4). L. 57 D. mand. (17, 1). L. 14 D. de Publ. (6, 2). L. 24 D. de exc. rei jud. (44, 2). — Vergl. die Stat. von Pisa und Lucca oben § 37, No: 1 und 3.

16) L. 8 pr. D. de doli exc. (44, 4). — L. 17 D. de evict. (21, 2). L. 73 i. f. eod. — L. 72 D. de R. V. (6, 1). — Tit. Dig. de exc. rei

geneigt sein, diese Einrede als eine Einrede des Titels aufzufassen, dies würde jedoch nicht ganz richtig sein, denn bei dieser genügt, wie sich gezeigt hat, auch ein putativer Titel, bei der Einrede der Veräußerung aber wird eine wirklich gültige Veräußerung vorausgesetzt[17]). Diese Aussprüche der Quellen beziehen sich zunächst auf die Vindication, es ist aber nicht zu bezweifeln, daß sie auch für die Publiciana gelten müssen, wie denn auch Puchta schon in anderer Beziehung die Grundsätze der exc. rei vend. et trad. für die Publiciana geltend gemacht hat[18]).

Hiermit wird der letzte Zweifel an der Richtigkeit der Erklärung, welche Savigny in unübertrefflicher Weise von der **L. 57 D. mand. (17, 1)**[19]) in seinem System (VII S. 292) gegeben hat, beseitigt. Der Inhalt der Stelle, soweit er hierher gehört, ist folgender. Ein Sklavenhändler giebt Auftrag zum Verkauf von Sklaven. Der Beauftragte stirbt, dessen Erben führen aber dennoch den Auftrag aus. Demnächst tritt der Sklavenhändler gegen die Käufer mit der Publiciana auf und Papinian ist der Meinung, daß er mit der Klage durchdringen werde. Das Bedenken, welches den römischen Juristen beschäftigte, war, daß die Käufer inzwischen usucapirt hatten, es erledigt sich dadurch, daß der Sklavenhändler abwesend gewesen war und auf Restitution gegen den Ablauf der Ersitzung Anspruch

---

vend. et trad. (21, 3). — Tradition ist nicht erforderlich, nur muß der Erwerber sine vitio den Besitz erlangt haben, L. 1 § 5 D. eod.

17) L. 1 § 5 D. de exc. rei vend. (21, 3). — L. 32 § 2 D. ad SC. Vell. (16, 1). — L. 16 C. de Praed. rel. min. (5, 71).

18) Pand. § 173 h. S. auch Huschke in der Gießener Zeitschr. 20 S. 187. cf. § 61 Anm. 9. Desgl. Art. 208 der Carol. ob. S. 215.

19) Mandatum distrahendorum servorum defuncto eo, qui mandatum suscepit, intercidisse constitit; quoniam tamen heredes ejus errore lapsi, non animo furandi, sed exsequendi, quod defunctus suae curae fecerat, servos vendiderant, eos ab emtoribus usucaptos videri placuit, sed venaliciarium ex provincia reversum Publiciana actione non inutiliter acturum, cum exceptio justi dominii causa cognita detur, neque oporteat eum, qui certi hominis fidem elegit, ob errorem aut imperitiam heredum affici damno. Vergl. ob. S. 16 bei Anm. 12.

hatte. Nach ertheilter Restitution lag die Sache so, wie sie gelegen haben würde, wenn der Kläger vor Ablauf der Usucapionsfrist geklagt hätte. Aber auch hier taucht ein Bedenken auf. Savigny wirft sich S. 308 ein, die Käufer hätten ja einen Titel und müßten nach L. 9 § 4 D. de Publ. (6, 2) den Sieg davon tragen, weil sie Besitzer seien. Der Einwurf scheint auch in der That begründet zu sein, denn unzweifelhaft befanden sich die Käufer in conditione usucapiendi. Savigny sucht dies Bedenken mit der Bemerkung zu beseitigen, die Regel der L. 9 solle gewiß nur als eine letzte Aushülfe gelten und falle unter den obwaltenden Umständen weg, da der Kläger einen eigenthümlichen Anspruch der Billigkeit für sich habe. Diese Erledigung des Zweifels erscheint nicht befriedigend und würde zu Consequenzen führen, welche die Bedeutung der L. 9 jedenfalls sehr beeinträchtigen müßten. Es fehlt auch in der That nicht an einem streng juristischen Grunde.

Wenn der Eigenthümer einer Sache einem Andern den Auftrag ertheilt, dieselbe zu veräußern, der Mandatar aber die ihm gegebenen Anweisungen hinsichtlich gewisser Punkte überschreitet, so ist die Veräußerung ungültig, jedenfalls dem Mandanten gegenüber[20]). Obwohl nun zwar der Erwerber, wenn die sonstigen Bedingungen vorliegen, auf Grund dieser Veräußerung usucapiren, auch gegen Dritte die Publiciana anstellen kann[21]), so wird ihm dennoch die exc. rei vend. et trad. versagt[22]). Machen wir von diesem Grundsatz Anwendung auf die Publiciana und auf den Fall der L. 57 mand., so ergiebt sich Folgendes. Das Mandat war durch den Tod des Mandatars erloschen und folglich die Veräußerung dem Sklavenhändler gegen-

20) L. 1 § 2 und 3 D. de exc. rei vend. (21, 3) non videtur alienata. L. 5 § 3 und 4 D. mand. (17, 1); vergl. mit L. 9 § 4 D. de A. R. D. (41, 1); L 14 D. de Publ. (6, 2) und L. 49 i. f. D. mand. (17, 1).

21) L. 7 § 6 D. pro emt. (41, 4). L. 39 § 1 D. de evict. (21, 2). cf. L. 53 D. de possess. (41, 2): adversus extraneos vitiosa possessio prodesse solet.

22) L. 1 § 2 und 3 D. de exc. rei vend. (21, 3).

über ungültig. Obschon also die Käufer usucapiren, auch gegen Dritte sich der Publiciana bedienen konnten[23]), so stand ihnen dennoch die exceptio rei voluntate ejus venditae nicht zur Seite. Die L. 57 ist also ein Beweis dafür, daß schon die Römer die Grundsätze von der exc. rei vend. et trad. auf die Publiciana angewendet haben. Unbedenklich aber müssen diese Grundsätze für die dingliche Klage des deutschen Rechts gelten.

Aber auch die an einen Dritten erfolgte Veräußerung genügt und zwar aus folgenden Gründen. Wenn der Kläger mit der eigentlichen Vindication auftritt, so muß der Beklagte gehört werden, der da behauptet, der Kläger habe das früher erworbene Eigenthum später durch Veräußerung selbst wieder aufgegeben[24]). Diesen Lehrsatz hat man mit Recht auf die Klage des deutschen Rechts übertragen[25]). Denn da sie eine Klage zum Schutz des Eigenthums ist, so kann sie dem nicht zustehen, der aufgehört hat, Eigenthümer zu sein. Übrigens ist diese Vertheidigung des Beklagten keine Einrede im eigentlichen Sinne, sondern mehr eine s. g. relative oder qualificirte Verneinung des Klagegrundes, was indeß bei der anomalen Natur der Klage sehr zurücktritt. Schon in den Quellen

---

23) L. 109 D. de V. S.

24) L. 16 C. de probat. (4, 19). Savigny, Bes. S. 462; und System V, S. 153. — Sell, Eigenthum S. 416, No: 2. — Roßhirt, Civ. R. II, § 240, der diese Entgegnung die exc. dominii tertio competentis nennt. — Vergl. auch L. 3 und 12 C. de R. V. (3, 32) und L. 50 pr. D. eod. „possessio amissa."

25) Maranta, ordo jud. IV, 7, No: 25: facto suo, puta per propriam alienationem. — Menochi, de recup. poss. XV, No: 425: antiquus possessor, qui non alienavit. — Ziegler, c. 3 § 4. — Carpzov, Defin. II, 8 def. 2. — Fleck, p. 107. — Man nennt die Einrede: exceptio de non jure agentis, s. Barthol. Socinus zu L. 15 D. de poss., No: 20. Paul de Castro, cons. 105 i. f. Menochi, de recup. poss. XV, 471 flg. Letztrer spricht sich an dieser Stelle gegen die Einrede aus, aber, wie aus der Motivirung hervorgeht, nur weil ihm die Spolienklage hier in ihrer Function als Besitzklage vorschwebte. Vergl. übrigens hinsichtlich des älteren Rechts S. 43 leg. Wall: se nunquam alienasse und § 12 bei Anm. 6.

des römischen Rechts taucht der Satz auf, indem es im § 4 I. de act. (4, 6) heißt: si ejus rei possessionem casu amiserit, wozu Vinnius mit Recht bemerkt: nam qui facto et voluntate sua possessionem amisit, puta rem vendendo, permutando et donando, ejus recuperandae actionem non habet[26]). Wenn die Meisten jetzt diesen Punkt mit Stillschweigen übergehen, so geschieht das in dem richtigen Gefühl, daß zufälliger Verlust des Besitzes nicht Klagebedingung ist, aber damit sollte man nicht zugleich die Einrede der Veräußerung aufgeben. Veräußerung ist übrigens im weitesten Sinne zu nehmen, so daß auch jede Entäußerung, z. B. Dereliction genügt[27]). Dagegen ist es unzulässig den Fall, wenn jemand den Besitz oder die Detention ohne die Absicht der Veräußerung aufgegeben hat, z. E. durch Hingabe der Sache an einen Stellvertreter, aus Nachlässigkeit oder Versehen u. s. f., der Veräußerung gleich zu stellen. Wir finden zwar den Satz meist in dieser unrichtigen Ausdehnung[28]), der Grund liegt aber nur darin, daß man die Klage aus älterem Besitze von der Klage aus Verlust des Besitzes wider Willen nicht gehörig unterschied, denn bei letzterer ist allerdings die bloße Aufgabe des Besitzes ohne die Absicht der Veräußerung von Einfluß. Übrigens wirkte auch die Regel des germanischen Rechts: Hand wahre Hand nach, wozu dann noch eine mißverständliche Auslegung der L. 37 § 1 D. de usurp. (41, 3) kam. Vergl. unten § 63 Anm. 24.

5) Die Einrede der Verjährung. Nach dem Vorgange der Glosse zu den Decretalen[29]) waren viele Canonisten der Ansicht, die Verjährung sei vollständig ausgeschlossen. Eine entgegengesetzte romanistische Auffassung läßt die kurze Verjäh-

26) Vergl. Glück, VIII, S. 355. — Mühlenbruch, Pand. § 273, Not. 5. — Kritz, S. 48, 98, No: 4. — cf. auch L. 2 u. 13 pr. D. de Publ. (6, 2). L. 69 und 70 D. de R.V. (6, 1).

27) L. 23 D. de exc. praescr. et praej. (44, 1).

28) Menochi, s. oben § 21 z. E., No: 9 und § 24 a. E., No: 2. — Mascard, de Probat. c. 1328, No: 33. — Glück, a. a. O. Fleck, p. 106, 107.

29) Gl. Spoliatus zu c. 2 X de Rest. Spol. (2, 13).



rung des Interdicts Platz greifen. Die Praxis hat sich dagegen für die gewöhnliche dreißigjährige Verjährung der Klage entschieden[30]). Auf dem hier gewonnenen Standpunkt kann es nicht zweifelhaft sein, daß alles dasjenige, was von der Verjährung der eigentlichen Vindication gilt, auch hier zur Anwendung zu bringen ist.

Schließlich ist noch Folgendes zu erwägen. Der Beklagte siegt, wenn er dem Kläger mala fides, also das Bewußtsein, daß die Sache einem Dritten gehört, oder sein eigenes Eigenthum, oder aber eine Veräußerung an ihn oder einen Dritten nachweist. Wie nun, wenn er, ohne daß eine dieser Voraussetzungen vorliegt, darthun kann, daß nicht der Kläger, sondern ein Dritter der wahre Eigenthümer ist?

Die Römer ließen in der Publiciana eine solche Vertheidigung nicht zu, nur unter gewissen Umständen konnte sie von Erfolg sein, wenn nämlich der dritte Eigenthümer zugleich ein privilegirter war, weil in Ansehung der Sachen solcher Eigenthümer die Publiciana ausgeschlossen war (§ 67 Anm. 6). Auch für das heutige Recht gilt die Unzulässigkeit dieser Vertheidigung und zwar, wie sich a. a. O. zeigen wird, ohne jene Beschränkung. Es ist nämlich eine solche Einrede eine wahre exceptio de jure tertii und widerspricht vollkommen dem Princip der Relativität. Auch folgt daraus, daß ein Anderer einmal das Eigenthum erworben hat, keineswegs, daß nicht jetzt der Kläger Eigenthümer ist. Endlich ist ja der Erfolg, daß der Nichteigenthümer gegen den minder Berechtigten mit der Klage durchdringt, principiell gar nicht ausgeschlossen (§ 3 und § 57). Der Beklagte

---

30) Bruns, S. 232, 237. Außerdem: Maranta, ordo jud. p. IV d. 7, No: 58 i. f. — Menochi, de recup. poss. XV, No: 415. — Ziegler und Woltär p. 133. — Fleck, p. 133. — Selbst für das Poss. ord. nahm man auf Grund der L. 4 D. de interd. (43, 1) 30jährige Dauer an, soweit es sich um Restitution des Besitzes handelte, d. h. soweit es recuperatorisch war. Menochi, de retin. poss. III, No: 706 flg. — Stryk, Consil. Hall. Jct. II, 1 cons. 40. — Herwart in der Gießener Zeitschr. XII, S. 319.

kann sich jenes Nachweises nur etwa zu dem Zwecke bedienen, um auf künstlichem Wege und in Verbindung mit anderen Umständen die mala fides des Klägers oder die erfolgte Veräußerung darzuthun.

In ähnlicher Weise kann der Umstand benutzt werden, daß der Kläger den Besitz des Beklagten gekannt und geduldet hat. Es wird sich nämlich unter Umständen durch denselben auf künstliche Weise darthun lassen, daß der Kläger veräußert habe. Dies ist in Verbindung mit dem § 63 a. E. Vorgetragenen der dogmatische Kern der älteren Meinung, daß diese Thatsache dem Beklagten eine Einrede gewähre[31]). Eine selbständige Einrede machten die Älteren nur deshalb daraus, weil sie, um sich mit den Quellen des römischen Rechts in Einklang zu setzen, gegenwärtigen Civilbesitz des Klägers und heimlichen Naturalbesitz des Beklagten verlangten.

§ 61.

3. Repliken und Dupliken.

Es kommt hier zunächst die Frage in Betracht, wie sich der Kläger gegen die Einrede des Titels zu vertheidigen hat. 1) Das nächste Hülfsmittel ist die Anführung des eigenen Titels. Diese Anführung ist keineswegs als Verbesserung der Klage, sondern als wahre Replik anzusehen. Denn wenn es gleich unzweifelhaft ist, daß der Kläger berechtigt war, die Klage von vorn herein auf den Titel zu stützen, so ist es doch ebenso gewiß, daß der Titel an sich zur Begründung der Klage nicht erforderlich ist und in der Replik nur herbeigezogen wird, um die Einrede zu entkräften[1]). Haben nun beide Theile ihren Titel beigebracht, so entsteht die Frage nach dem Vorrange des einen vor dem andern. Leiten beide ihr Recht von demselben Auctor ab, so siegt der-

---

31) § 21 bei Anm. 40. §. 22 nach Anm. 2.

1) Osterloh, summ. Proz. § 55 Anm. 9. Linde, Proz. § 343, Not. 8.



jenige, dem zuerst tradirt worden[2]). Dieser Fall gehört eigentlich nicht hierher, sondern zu No: 3 unten. Wie aber, wenn sie ihr Recht von verschiedenen Auctoren ableiten? Die Römer waren unsicher in Behandlung dieser Frage: Neratius wollte auch hier den vorziehen, dem zuerst tradirt worden, während Julian und Ulpian sich für den gegenwärtigen Besitzer entscheiden und beide Meinungen sind in die Compilation aufgenommen[3]). Die gemeine Meinung folgt entschieden der letzteren Regel, es ist aber auf die Unbilligkeit derselben bereits im § 4 No: 4 hingewiesen. Baldus nahm an, der ältere Titel gehe vor, weil vermuthet werde, daß auf Seiten des älteren Titels auch der ältere Besitz sei[4]) und Menochi billigt diese Meinung[5]). Andere wollen den titulus onerosus dem titulus lucrativus, den titulus specialis dem titulus generalis vorziehen[6]).

Alle diese Unterscheidungen sind willkührlich[7]). Um zu einer einfachen und sachgemäßen Entscheidung dieses so verwickelten Problems zu gelangen, müssen wir auf den Urquell der ganzen

---

2) L. 9 § 4 D. de Public. — L. 31 § 2 D. de A. E. V. (19, 1). cf. L. 14 D. qui pot. (20, 4).

3) s. d. vorige Note. Alle Vereinigungsversuche sind als gescheitert zu betrachten. Auch die neuerdings von Vangerow I, § 335, 2, b wieder aufgenommene Meinung, daß Neratius nur habe sagen wollen, der erste Empfänger sei als Beklagter (nicht als Kläger) stets zu schützen, ist nicht annehmbar, weil nicht die geringste Andeutung für diese einschränkende Erklärung spricht. Die Wendung tuendus est beweist nichts, weil sie am Schluß der Stelle für einen Fall wiederkehrt, wo sie gewiß auch auf den Kläger geht, s. auch L. 12 § 4 D. de Public. — Die angebliche Vereinigung von Huschke, Gießener Zeitschrift XX, S. 188 (1844) trifft die eigentliche Streitfrage gar nicht.

4) Disput. Baldi de vi turbativa (Accusatus) § sec. et in tert. cas.

5) de Retin. poss. III, No: 736. (Vergl. Koch, Besitz, S. 301, No: 2).

6) Statuten von Pisa (§ 37, No: 1). — Voet, VI, 2 § 7. — Kreittmayr, Anmerk. über den cod. bavar. II, S. 198. — Malblanc zu tit. Dig. IV, 2 § 413. Sie beziehen sich auf L. 6 § 11 D. quae in fraudem (42, 8).

7) Insbes. vergl. über den tit. lucrat. L. 7 § 3 D. de Public. L. 13 pr. eod.

Lehre, auf das germanische Recht zurückgehen. Der Beklagte konnte sich dort durch die Einrede des Titels nicht schützen, aber er konnte sich auf seinen Geweren ziehen und den Kläger dadurch nöthigen, auch seinerseits den Geweren anzugeben, worauf dann die Geweren mit einander rechteten. Übertragen wir den hierbei zum Grunde liegenden Gedanken auf unser heutiges Verfahren, so lautet der Grundsatz einfach dahin: der Prozeß ist so zu entscheiden, wie er entschieden sein würde, wenn nicht die gegenwärtigen Parteien sondern deren Vormänner mit einander stritten. Mit anderen Worten: an sich hat kein Titel einen Vorzug vor dem andern, sondern es siegt derjenige, dessen Vorbesitzer der ältere Besitzer gewesen[8]). Die Lehre des Neratius und der Italiener wird in vielen Fällen hiermit übereinstimmen, weil sie nämlich — Neratius direct, die Italiener indirect — ebenfalls auf den älteren Besitz sahen, denn frühere Tradition bedingt früheren Besitz, nur dann täuscht ihre Lehre, wenn der Vorbesitzer dessen, dem später tradirt worden, einen älteren Besitz gehabt hat, als der Vorbesitzer dessen, dem früher tradirt worden. Dies ist nur denkbar unter der Voraussetzung, daß der Besitz des ersterwähnten Vorbesitzers eine Zeitlang unterbrochen gewesen ist durch den Besitz des anderen Vorbesitzers. Nach Neratius und Baldus siegt dann der Nachfolger des letzteren, weil ihm früher tradirt worden, nach dem obigen Grundsatz aber siegt der Gegner, weil sein Vorbesitzer früher besessen. Gleichwohl haben wir es weniger mit einer principiellen

---

8) Am klarsten ist dieser Lehrsatz in den Statuten von Lucca ausgeprägt. Siehe oben § 37, No: 3. Sintenis § 53, No: 8 sagt: „Treten zwei einander gegenüber, welche von verschiedenen Personen erworben haben, von denen sich nicht nachweisen läßt, welche ein besseres Recht gehabt habe, als die andere, so entscheidet der Besitz." Dies ist zwar richtig, aber nur nicht auf dem Standpunkt des röm. Rechts. Zwar heißt es in L. 175 § 1 de R. J.: non debeo melioris conditionis esse, quam auctor meus, a quo jus in me transit, s. auch L. 76 § 1 D. de contr. emt. (18, 1), indeß ist dieser allgemeine Satz in der Theorie der Publiciana nicht zum Durchbruch gekommen.

Verschiedenheit als mit einem unvollständig ausgebildeten Dogma bei Neratius und den Italienern zu thun. Daß der ältere Vorbesitz den Ausschlag giebt, folgt aus der allgemeinen Regel, nach welcher der jüngere Besitz dem älteren weichen muß. Hieraus ergiebt sich aber auch wieder eine Beschränkung. Beruhet nämlich der jüngere Vorbesitz wieder auf einem Titel, so steht der ältere Vorbesitz, falls er ohne Titel ist, zurück.

Es kann nun dahin kommen, daß beide Theile den Titel des Vorbesitzers u. s. f. beibringen. Das ändert jedoch nichts in der Sache, es wird stets derjenige siegen, dessen letzter Vorbesitzer der ältere ist, vorausgesetzt, daß auf beiden Seiten eine gleiche Zahl von Vorbesitzern steht; ist die Zahl ungleich, so siegt die längere Reihe, auch wenn sie in der Zeit nicht so weit hinaufreicht, weil der jüngere titulirte Besitzer dem älteren nichttitulirten vorgeht. Daß der Prozeß auf diese Weise zu einer Schraube ohne Ende würde, hat man nicht zu fürchten. Häufig wird das Zurückgehen auf die Vormänner zu dem Ergebniß führen, daß beide von Einem Auctor, oder daß der eine vom Andern redlich erworben oder endlich, daß der eine an den Andern den Besitz wider Willen verloren hat und in allen diesen Fällen ist ein weiteres Zurückgehen überflüssig. Ist das aber nicht der Fall, so werden auf einer Seite sich endlich die Bedingungen der Ersitzung herausstellen, womit dann jedem weiteren Streit ein Ziel gesetzt ist. (Stat. v. Lucca § 37 No: 3.)

In welchen Fällen aber darf auf den Vorbesitzer zurückgegangen werden und wie muß der Besitz des Vorbesitzers beschaffen gewesen sein? Hier ist es, wo wir, wie bei der Rechtsregel: der Todte erbt den Lebendigen, wieder an das römische Recht, näher an die Lehre von der accessio possessionis bei der Singularsuccession anzuknüpfen haben. Die Bedingung der Continuität des Besitzes fällt weg, auch wird durchweg guter Glaube erfordert, im Übrigen trifft die Analogie vollständig zu, namentlich muß die Partei selbst besessen haben, wenn sie sich den Besitz des Vormannes anrechnen will, auch muß der Besitz des Vormannes so beschaffen gewesen sein, daß er selbst hätte klagen kön-

nen, endlich wird das Vorhandensein eines Rechtsgeschäfts, auf welchem die Succession beruhet, vorausgesetzt.

Schließlich ist noch zu bemerken, daß nach dem im vorigen Paragraphen entwickelten Grundsatz jeder Erbfall als Titel zählt. Mögen also beide zu Erbschaft, oder der eine zu Erbschaft, der andere aber zu einem speziellen Titel greifen, immer siegt der auf dessen Seite die größere Titelzahl oder aber bei gleicher Titelanzahl der ältere Besitz ist.

2) Der Kläger kann sich aber noch auf eine andere Art gegen die Einrede des Titels vertheidigen, er kann nämlich geltend machen, daß er nicht bloß früher besessen, sondern auch den Besitz wider Willen eingebüßt habe. Daß diese Behauptung, obschon sie von vornherein zur Begründung der Klage hätte dienen können, auch noch als Replik vorgebracht werden kann, folgt aus dem im Eingange dieses Paragraphen Bemerkten. In einem Falle dieser Art sind die in den § 63 und 64 entwickelten Grundsätze anzuwenden. Was dort schon die Klage mit sich bringt, wirkt hier die Replik.

3) Die Einrede der Veräußerung kann auch als Replik oder Duplik vorkommen. Es gelten die Grundsätze des römischen Rechts, namentlich auch in Betreff des Überganges auf den Sing.-Successor[9]).

§ 62.

4. Anderweite Grundsätze.

Im Übrigen ist die Klage denselben Grundsätzen wie die Vindication unterworfen[1]). Hierher gehören:

---

9) L. 4 § 32 D. de exc. dol. (44, 4). L. 72 D. de R. V. (6, 1.) L. 2 D. de exc. r. vend. (21, 3). — L. 14 D. de Publ. (6, 2). — L. 3 D. de exc. r. vend. (21, 3). L. 76 § 1 D. de contr. emt. (18, 1). Puchta, Pand. u. Vorles. § 171, y und § 173, g und h. Die Glosse Petentis zu L. 9 § 4 D. de Public. berührt diese Frage und entscheidet sie ganz richtig, aber, was merkwürdig ist, ohne die Grundsätze der exc. rei vend. et trad. zu benutzen.

1) L. 7 § 8 D. de Publ. (2, 6) Omnia eadem erunt, quae et in rei vindicatione diximus.



1) Früchte; namentlich ist zwischen bonae und malae fidei possessor zu unterscheiden. In Ansehung der Publiciana hat man nie daran gezweifelt, in Ansehung der deutschen Klage treten zuweilen theoretische Zweifel auf, weil sie für eine Besitzklage gehalten wurde, indeß war die Praxis übereinstimmend. Menochi handelt sogar beim remed. reint. poss. die ganze Lehre von Erstattung der Früchte ab[2]).

2) Accessionen; alles, was durch Naturereignisse, Säen, Pflanzen, Bauen mit der Hauptsache in Verbindung getreten ist, theils deren Schicksale[3]).

3) Verwendungen des Beklagten auf die Sache und die Fruchtgewinnung[4]). In Ansehung der Futterkosten für Vieh ist daran zu erinnern, daß sie, obwohl sie zu den nothwendigen Aufwendungen zu rechnen sind, dem mal. fid. poss. nicht erstattet werden[5]).

4) Auch der bloße Inhaber kann belangt werden[6]), doch kann er, wenn er in fremdem Namen besitzt, sich der nominatio auctoris bedienen[7]).

5) Die Grundsätze vom fictus possessor[8]).

6) Der passive Übergang auf die Erben[9]).

7) Die Strafe der Besitzableugnung[10]).

---

2) Gl. fructus zu c. 11 X de Rest. Spol. (2, 13). — Decius, Consil. 57, No: 6. — Menochi, de Rec. Poss. XV, No: 573—640. Ziegler und Woltär, c. 8 § 4. — Mevius, VIII dec. 387. — Böhmer, J. E. P. II, 13 § 12. — Hofmann, teutsche Reichspraxis § 1523. — Danz, summ. Proz. § 13. — Claproth, summ. Proz. § 96. — Fleck, p. 121 flg.

3) Für die R. V.: L. 20, 34, 53 D. de R. V. (6, 1). — L. 2 C. eod. (3, 32). — Für die Public. L. 11 § 2—10 D. h. t.

4) Menochi, l. c. No: 499—572.

5) Carolina, Art. 207, 213. Vergl. oben § 38 Anm. 33.

6) L. 9 D. de R. V. (6, 1). — L. 2 C. ubi in rem a. (3, 19).

7) Menochi, de Recup. poss. XV, No: 484 flg. Vergl. ob. S. 77.

8) Ziegler und Woltär, c. 4 § 6 gegen Mevius, V dec. 92. — Fleck, p. 111.

9) Savigny, Syst. V S. 203.

10) L. ult. D. de R. V. (6, 1).

8) Der Kläger darf nicht selbst besitzen[11]), deshalb hat der Vermiether die Klage nicht gegen den Miether u. s. f., es sei denn, daß er von ihm dejicirt worden[12]).

9) Das Verfahren. Es ist nöthig, darauf hinzuweisen, daß dies von dem der Vindication nicht abweicht, weil man früher, da man eine Besitzklage vor sich zu haben glaubte, häufig den summarischen Prozeß anwenden wollte. Indeß hat sich die richtige Ansicht durchzuarbeiten gewußt[13]).

II. Klage aus Verlust des Besitzes wider Willen.

§ 63.

1. Klagegrund.

Vermag der Kläger zu behaupten, daß er den Besitz der Sache wider seinen Willen eingebüßt hat, so kann er hierauf die Klage gründen und diese Form der Klage hat vor der bisher behandelten, lediglich auf früherem Besitz beruhenden Klageform insofern erhebliche Vorzüge, als dem Beklagten die Vertheidigung namentlich in Ansehung der gestohlenen und geraubten Sachen erschwert ist. Sie ist aber auch schwerer zu begründen, denn der Kläger hat alles das zu beweisen, was ihm obliegen würde, wenn er die Klage aus älterem Besitz angestellt hätte, außerdem aber noch die behauptete Art des Verlustes[1]).

Die Aufgabe, welche der Wissenschaft hierbei hauptsächlich zufällt, besteht in der bestimmten Begrenzung der Fälle, welche unter den Begriff des Verlustes wider Willen fallen. Das Princip ist folgendes: jeder Verlust des Besitzes solo corpore ist ein

---

11) § 2 i. f. I. de act. IV, 6.

12) Fleck, p. 102. Savigny, Bes. S. 76.

13) Maranta, ordo jud. p. IV d. 9, No: 43 quod secus est, quando tractatur de poss. ord., quia est maximi momenti. — Heimbach, im Rechtslex. s. v. Possessorium, VIII S. 221, 225 (18, 54).

1) Aus den im 1. Theil gegebenen Rechtsquellen sind besonders hervorzuheben: die Glosse zum Canon. Recht und diejenigen Rechtslehrer, welche bei der Spolienklage den Beweis der Spoliation verlangen; Art. 207—214 der Carolina, und tit. Dig. et Cod. quod metus IV, 2 und II, 20 (19).



Verlust wider Willen; ausgeschlossen ist daher jeder Verlust animo oder corpore et animo[2]). In der Anwendung aber ergeben sich einige streitige Punkte.

Unzweifelhaft gehören zunächst folgende Fälle hierher:

1) Raub und Diebstahl, denn der Besitz geht verloren und zwar corpore, sobald ein Anderer sich der Sache mit Gewalt oder heimlich bemächtigt[3]).

2) Verlieren, denn wer eine Sache verliert, büßt den Besitz ein und zwar corpore[4]).

3) Weglaufen von Thieren, wovon dasselbe gilt[5]).

4) Sachen werden vom Wasser weggeschwemmt[6]).

Zweifelhaft dagegen sind folgende Fälle:

5) Sachen werden dem Besitzer von einer Behörde weggenommen und einem Andern übergeben; so namentlich bei Vollstreckung von Exekutionen und Ermissionen durch den Richter. War die Verfügung der Behörde gerechtfertigt, so wird man sagen müssen, der Besitzer hat animo aufgehört zu besitzen, denn sein dem Gesetz widerstrebender Wille wird ersetzt durch die Behörde, welche ihn vertritt[7]). Anders aber steht die Sache im Fall einer unrechtmäßigen Verfügung, dann liegt in der That Verlust solo corpore vor. Der Kläger hat aber die Unrechtmäßigkeit der Verfügung zu erweisen[8]).

6) Verlust des Besitzes im Falle einer Stellvertretung. Der Verlust an den Vertreter hat nichts besonderes, derselbe wird wie ein Dritter behandelt, der Besitz geht corpore verloren, in-

---

2) Eine Andeutung in diesem Sinne findet sich bei Mevius III dec. 77.

3) L. 15 D. de possess.

4) L. 25 pr. L. 3 § 13 de poss. — Sächs. Landr. II, 37 § 1. — Verm. Sachsensp. IV, 9 d. 5. Richtst. Ldr. 12.

5) L. 3 § 13 D. eod.

6) Verm. Sachsensp. IV, 42 d. 3. — Sächs. Ldr. II, 29.

7) Factum et auctoritas judicis non creditoris sed debitoris factum existimatur. Ziegler und Woltär, l. c. c. 3 § 14.

8) L. 3 § 1 L. 9 § 1 D. quod met. (4, 2). — Mascard, de Probat. c. 1328, No: 15. — Mevius, VIII dec. 385, 386. — Ziegler und Woltär, c. 3 § 11. — Fleck, p. 119. — Bruns, S. 72, 208, 395, A. 4.

sofern er überhaupt verloren geht. Dasselbe gilt aber auch von dem Verlust durch den Stellvertreter. Alles, was in Ansehung des Besitzes ohne den Willen des Besitzers vorgeht, ist für ihn äußere Begebenheit. Soweit also der Besitz durch den Repräsentanten ohne den Willen des Besitzers verloren geht, geht er corpore verloren[9]). Dies gilt nicht bloß bei freier Stellvertretung, sondern auch bei Verhältnissen der Gewalt und der amtlichen Fürsorge. Wenn ein Vater, Vormund oder Ehemann ungültiger Weise veräußert, so kann der Eigenthümer vindiciren[10]). Zu diesem Zweck kann er sich der Klage aus Verlust des Besitzes wider Willen bedienen, denn der Besitz ist ihm corpore verloren gegangen[11]). Hierher gehört auch der Fall der Veruntreuung durch einen Dienstboten, der ja eben auch nur Stellvertreter des Besitzers ist, überhaupt jeder Verlust des Besitzes durch Unterschlagung.

7) Ein Willensunfähiger entäußert sich des Besitzes. Auch dies ist ein Verlust, welcher corpore vor sich geht, denn die, welche nicht wollen können, können auch nicht animo den Besitz verlieren[12]).

8) Eigenthümlich liegt die Sache, wenn jemand den Besitz aus Furcht oder Irrthum aufgegeben hat. Nach dem jetzigen Stande der Lehre von der Furcht und dem Irrthum unterliegt es wohl keinem Zweifel, daß ein hierdurch veranlaßter Verlust des Besitzes immer ein Verlust animo ist[13]). Hinsichtlich des Irrthums ist denn auch demgemäß die Klage ausgeschlossen, anders aber steht es mit der Furcht. Aus nahe liegenden Motiven

---

9) Savigny, S. 435. — Puchta, Vorlesungen § 131.

10) L. 3 C. de R. V. (3, 32). L. 7 § 1 D. de curat. fur. (27, 10). — L. 5 C. de tut. vel cur. qui satis (5, 42). — L. 2 D. de eo, qui pro tut. (27, 5).

11) Menochi, de recup. poss. XV, 105 flg. — Ziegler und Woltär, c. 3 § 12. — Hert, II dec. 238. — cf. oben § 49 Anm. 5. — Fleck, p. 107, 114, l.

12) L. 29 D. de poss. (41, 2). — Man hat viel über die Zulässigkeit der Klage gestritten. Menochi, de recup. poss. XV, No: 105 flg.

13) Savigny, Bes. S. 406, 410.



macht hier das positive Recht eine Ausnahme von der Regel. Die actio quod metus causa findet statt bei einem aus Furcht veranlaßten Aufgeben des Besitzes. Hierher gehört zunächst eine erzwungene Tradition[14]), sodann der Fall, wenn der Besitzer, nachdem Bewaffnete in das Grundstück eingedrungen sind, dasselbe aus Furcht verläßt[15]), ferner, wenn ein Abwesender, nachdem ihm die inzwischen erfolgte Occupation bekannt geworden, aus Furcht die Rückkehr unterläßt[16]), endlich wenn ein Gegenwärtiger, der eine Occupation befürchtet, das Grundstück vorher verläßt[17]). In Betreff des letzteren Falles könnte eine Stelle Bedenken erregen:

> L. 9 pr. D. quod metus: Metum autem praesentem accipere debemus, non suspicionem inferendi ejus. Pomponius.. ait enim: metum illatum accipiendum, si illatus est timor ab aliquo. Deinque tractat: si fundum meum dereliquero, audito, quod quis cum armis veniret, an huic edicto locus sit? Et refert, Labeonem existimare, edicto locum non esse; sed et unde vi interdictum cessare, quoniam non videor vi dejectus, qui dejici non exspectavi, sed profugi. Aliter atque si postea, quam armati ingressi sunt, tunc discessi; huic enim edicto locum fore.

Es scheint fast so, als solle die actio quod met. c. ebenso wie das Interdict an die Bedingung geknüpft werden, daß das Verlassen nach der Occupation stattgefunden, allein mit Recht legt schon die Glosse alles Gewicht auf den im Eingang der Stelle aufgeworfenen Gegensatz des metus praesens und der suspicio inferendi ejus. Nicht darauf kommt es an, wann das Verlassen stattfindet, sondern ob die Furcht eine begründete war.

---

14) L. 9 § 5 und 7 L. 14 § 3 D. quod met. (4, 2). L. 3 C. eod. (2, 20).

15) L. 9 pr. D. quod metus.

16) L. 7 D. de poss. (41, 2).

17) L. 33 § 2 D. de usurp. (41, 3). L. 1 § 29 D. de vi (43, 16) dazu Savigny, Bes. S. 403 flg. und Vangerow § 207. Anm. 2.

Die actio wird nur versagt, wenn jemand, ehe die Gefahr vorhanden gewesen, das Grundstück verlassen hat.

So ist denn also die Klage, falls nur überhaupt die Furcht vor der Beschaffenheit gewesen, wie es das Edict verlangt, für begründet zu erachten. Dies ist auch, obwohl darüber viel gestritten worden[18]), stets die vorherrschende, schon in der Glosse zum Can. Red. vertretene Meinung gewesen.

Von selbst versteht es sich, daß es zur Begründung der Klage nicht ausreicht, Verlust wider Willen im Allgemeinen zu behaupten, daß vielmehr eine spezielle Anführung der Art des Verlustes erforderlich ist, die dann auch bewiesen werden muß[19]). Indeß genügt der objective Thatbestand, auf die Person des Thäters im Fall eines Delicts kommt es nicht an[20]). Der gewöhnlichste Fall ist der des Diebstahls und grade dieser ist oft ungemein schwer zu beweisen. Aus diesem Umstande sowie aus der Nachwirkung der germanischen Eidestheorie erklärt es sich, daß wir die Neigung finden, den Kläger hier zum Eide zu verstatten. Das Lübische und Rostocker Recht lassen den Kläger, falls er keine Zeugen hat, Alles beschwören, die Carolina (Art. 208) läßt ihn den Diebstahl oder Raub beschwören, falls das Eigenthum, d. h. hier der frühere Besitz bewiesen ist, während umgekehrt Kreß und Mevius das Eigenthum beschwören lassen, wenn der Diebstahl bewiesen ist[21]). Alles dies ist unpraktisch. Daß die Eidestheorie der Carolina keine Gültigkeit mehr beanspruchen kann, ist oben (§ 38 z. E.) schon ausgeführt, die Beschwörung des Eigenthums aber ist unnütz, da der Kläger Eigenthum gar nicht zu beweisen braucht und der Beweis des

---

18) Bruns, S. 396 bes. Mevius VIII, 384.

19) L. ult. pr. D. quod met. (4, 2). L. 9 C. eod. (2, 20). L. 13 C. de transact. (2, 4).

20) L. 14 § 3 D. quod met. (4, 2): non adstringitur ut designet, quis ei metum vel vim adhibuerit. cf. L. 15 § ult. D. de dolo (4, 3).

21) Kreß zu 208 der Carolina, No: 2. Mevius, in Jus Lubec. IV, art. 6, No: 17. Siehe dagegen Stryk, us. mod. XIII, 1 § 10. Die von Mevius Citirten sprechen übrigens nur vom juramentum Zenonianum.

früheren Besitzes durch den Beweis des Diebstahls gegeben ist. Die gewöhnlichen Ausgaben der Carolina und Mevius enthalten Berufungen auf die Italiener, allein dort findet sich nur die Lehre vom juramentum Zenonianum abgehandelt, die hier keine Anwendung finden kann, da dieses eine persönliche Klage voraussetzt[22]). Somit bewendet es bei den allgemeinen prozessualischen Regeln, auch genügt keineswegs, wie Manche[23]) annehmen, eine bloße Bescheinigung.

Der directe Gegenbeweis ist derselbe wie gegen die Klage aus älterem Besitze, geht aber noch weiter, indem das Gegentheil der klägerischer Seits behaupteten Art des Verlustes bewiesen werden kann. Hierher gehört die Behauptung, daß der Kläger den Besitz suo facto et culpa verloren habe, welche früher (§ 60 bei Anm. 26) nur als Einrede beziehungsweise als Thema des indirecten Gegenbeweises vorkommen konnte, hier aber in Gestalt des directen Gegenbeweises auftritt. Die einfache Formel dafür ist, daß der Beklagte beweisen muß, der Kläger habe nicht corpore sondern animo den Besitz verloren. Hierher gehören: Tradition, Dereliction, namentlich durch lange Abwesenheit[24]) und Constitutum possessorium, nicht aber Hingabe der Sache an einen Stellvertreter behufs Ausübung des Besitzes, wie Hingabe an einen Pächter, Dienstboten, Handwerker u. s. f. Der Grundsatz selbst ist stets anerkannt, schon weil es im Can. Red. heißt: per quascunque injustas causas, über den Umfang desselben aber herrschte Streit, weil man die richtige juristische Formel nicht fand und weil animo amittere nicht identisch ist mit juste amittere possessionem[25]). Daß der

22) L. 9 C. unde vi (8, 4), — c. 7 X de his quae vi (1, 40). Bartolus zu L. 19 D. de furtis (47, 2). — Mascard, de Probat. c. 833, 1 und 5.

23) Schilter, Exercit. 47 § 55. — Bluntschli, Privatrecht § 73, 2. A.

24) § 7 I. de usuc. (2, 6). — L. 37 § 1 D. eod. (41, 3). — L. 4 C. de poss. (7, 32). — Savigny, S. 424.

25) Barthol. Socinus zu L. 15 D. de poss., No: 8. — Me-

Kläger den Besitz animo verloren, wird sich unter Umständen daraus schließen lassen, daß er längere Zeit hindurch den Besitz des Beklagten gekannt hat ohne Schritte zur Geltendmachung seines Rechts zu thun. Daher der Satz, der aber jedenfalls mit Vorsicht anzuwenden ist, daß die Klage wegfällt, wenn der Kläger den Besitz des Gegners gekannt und geduldet hat[26]). Nur insoweit und im Falle der Dereliction läßt sich von culpa und negligentia reden.

§ 64.

2. Einreden.

Dem Beklagten stehen mit Einer Ausnahme alle Einreden zu Gebot, welche im § 60 aufgeführt sind: die Einrede des älteren Besitzes und diese deshalb, weil in diesem Falle dem Beklagten gegenüber das Motiv des vom Kläger in Anspruch genommenen stärkeren Rechtsschutzes wegfällt, die Einrede des Eigenthums, der Veräußerung[1]), welche die Natur eines directen Gegenbeweises annehmen kann und der Verjährung. In Ansehung der Einrede des Eigenthums, sofern sie sich auf Ersitzung gründet[2]), gilt jedoch das Besondere, daß sie bei gestohlenen und geraubten Sachen im Sinne des heutigen Criminalrechts ausgeschlossen ist[3]).

Unzulässig aber ist die Einrede des Titels[4]). Es ist a. a. O.

---

nochi, de recup. poss. XV, No: 95 flg. — Mevius, III dec. 77. — Carpzov, II, 8 def. 2. — Ziegler und Woltär, l. c. c. 3 § 14. — Kreittmayr, Anmerk. z. Cod. bavar. II S. 194. — Glück, P. Comm. VIII S. 355.

26) Oben § 21 Anm. 40. — Frider. Mindan. de Interd. 7, No: 18; oben § 22 bei Anm. 3. Vergl. § 60, Anm. 31.

1) Art. 208 der Carolina.

2) cf. L. 3 C. de his quae vi (2, 20).

3) Art. 209 der Carol. Vergl. oben § 38 Anm. 30.

4) Oben § 55; insbes. Art. 208 der Carolina und L. 14 § 5 D. quod metus (4, 2), auch Kreß zu Art. 208 der Carol., No: 3 und Meckbach zu Art. 207 das.

schon darauf hingewiesen, daß dieser Gedanke den Römern keineswegs ganz fremd ist. Für den Fall erlittener Gewalt oder Drohung ist der Satz in der L. 14 § 5 cit. einfach anerkannt. Für res furtivae gilt er auch, aber mit einer Einschränkung: der Kläger muß außer dem furtum auch seinen Titel nachweisen. Dagegen entbehrt der Kläger dieses Vorzuges ganz, wenn er den Besitz zwar wider seinen Willen eingebüßt, der Vorgang sich aber so zugetragen hat, daß die Sache nicht als res furtiva bezeichnet werden kann; z. B. es ist eine Sache verloren gegangen, Vieh ist weggelaufen u. s. f., der Finder oder ähnliche Inhaber aber hält die Sache für derelinquirt oder für die seinige und veräußert sie. In Fällen dieser und ähnlicher Art kann der vorige Besitzer gegen den redlichen Erwerber nach römischem Recht nicht einmal mit der Publiciana durchdringen. Die dingliche Klage des deutschen Rechts erfordert keinen Titel und schließt die Einrede des Titels aus.

Dagegen ist für diese Klage eine Einrede denkbar, welche in der Klage aus älterem Besitz nicht vorkommen kann. Gesetzt der Kläger hat den Besitz wider Willen verloren, später hat er ihn wieder erlangt, gegenwärtig aber besitzt der Beklagte. Nun kann sich augenscheinlich der Kläger auf den ersten unfreiwilligen Besitzverlust nicht stützen, es gelten die römischen Regeln von der purgatio vitii[5]), nur daß nicht Rückkehr in die Gewalt des Eigenthümers grade verlangt werden kann, es genügt Rückkehr in die Gewalt dessen, der zur Zeit des Besitzverlustes juristischer Besitzer der Sache war. Hierher gehören die Particularrechte, welche, wie das revid. Lüb. R. Art. 3 und 6, IV, 1 den Beweis verlangen, daß der Kläger der Sache bis auf diese Zeit nicht wieder habe ansichtig oder habhaftig werden können.

---

5) § 8 I. de usuc. (2, 6). — L. 4 § 6, 12—14 L. 32 pr. D. de usurp. (41, 3). — L. 10 C. de furtis (6, 2). — L. 84, 86 D. de furtis (47, 2). — L. 215 D. d. V. S.

§ 65.

3. Anderweite Grundsätze.

Rücksichtlich aller als abweichend bisher nicht hervorgehobener Punkte ist die Klage aus Verlust wider Willen denselben Grundsätzen unterworfen, wie die Klage aus älterem Besitze. Einige Punkte bedürfen jedoch der Erläuterung.

1) Für die ordentliche Vindication gilt die Regel, daß der Beklagte, wenn er bonae fidei possessor ist, fructus percipiendos nicht zu erstatten braucht[1]). In der actio quod metus causa wird die Frage ebenfalls berührt und ganz allgemein gesagt:

> Sed et partus ancillarum, et fetus pecorum et fructus restitui, et omnem causam oportet; nec solum eos, qui percepti sunt, verum si plus ego percipere potui, et per metum impeditus sum, hoc quoque praestabitur. L. 12 pr. D. quod metus (4, 2).

Hieraus hat man geschlossen, daß hier auch b. f. poss. fructus percip. zu erstatten habe[2]). Nichts berechtigt jedoch zu der Annahme, daß der Jurist bei diesem Ausspruch an den Fall der Klage gegen den bon. fid. poss. gedacht habe, vielmehr deuten die Worte: et per metum impeditus sum eher auf eine entgegengesetzte Voraussetzung. Jedenfalls ist das Princip, daß der bon. fid. poss. niemals für versäumte Früchte aufzukommen habe, im § 2 I. cit. in solcher Allgemeinheit ausgesprochen, daß jedes Bedenken schwinden muß. Mit Recht unterwirft man die actio quod metus causa der allgemeinen Regel[3]), die dann auch für die Klage des deutschen Rechts gilt.

2) Der Untergang der Sache befreit den Beklagten von der Vindication, wenn er bon. fid. poss. war. Daß dasselbe bei der

---

1) § 2 I. de off. jud. (4, 17). — L. 78 D. de R. V. (6, 1). — L. 17 C. eod. (3, 32).

2) Gl. potui ad h. l. Nota, quod possessor cum titulo tenetur de percip. — Voet ad h. t., No: 7.

3) Glück, § 450, No: 44. — Göschen, § 600 Anm. 7 (die von letzterem all. L. 9 § 7 D. q. met. beweist freilich nichts).

act. qu. met. c. gilt, ist ausdrücklich bemerkt[4]), jetzt gilt es für die dingliche Klage des deutschen Rechts allgemein[5]).

§ 66.

III. Klage aus älterem titulirten Besitz.

(Publiciana.)

Es ist schon gesagt worden, daß der Kläger berechtigt ist, die Klage gleich von vornherein dahin zu begründen, daß er nicht bloß besessen, sondern auch mit Titel besessen habe. Die Theorie dieser Klageform bedarf jedoch keiner besonderen Darstellung, da die einschlagenden Grundsätze in den § 58—61 vorgetragen sind. Dagegen ist das Verhältniß zur Publiciana näher zu betrachten. Dies ist sehr einfach. Die Publiciana ist völlig in die deutsche Klage aufgegangen, so daß eine besondere Theorie der ersteren unpraktisch ist. Diese Behauptung scheint unerhört zu sein, da doch seit den Zeiten der Glossatoren bis auf den heutigen Tag kein Commentator oder Systematiker versäumt hat, die Publiciana abzuhandeln. Damit hat es jedoch nicht viel auf sich, denn es ist nicht in Abrede zu stellen, daß wir sehr Vieles nur nominell aus dem römischen Recht übernommen haben. So steht es z. E. fest, daß der römische Verbalcontract nicht in das moderne Recht übergegangen ist, während doch alle Lehrbücher die Stipulation, Delegation, Expromission u. s. f. noch fortwährend als gültige Rechtsinstitute behandeln, und was die römische Infamie und die Privatstrafen betrifft, so hat Savigny nicht angestanden, sie für antiquirt zu erklären. Es ließe sich das Register dieser mit fortgeschleppten Leichname leicht vermehren[1]), es könnte ferner geltend gemacht werden, daß die Publiciana bei älteren Praktikern wenig oder gar nicht vorkommt[2]), wenn die Frage im vorliegenden Falle überhaupt von

4) L. 14 § 5 und 11 D. quod metus. — L. 18 eod.

5) Fleck, p. 125.

1) s. Ihering in seinen und Gerbers Jahrbüchern für Dogmatik, I S. 30 flg.

2) s. oben § 34 Anm. 5.

großer Bedeutung wäre. Das muß aber geleugnet werden. Die auf titulirtem Besitz beruhende dingliche Klage des deutschen Rechts ist identisch mit der Publiciana, es handelt sich also gar nicht um die Existenz der letzteren, sondern nur um die Grundlage der wissenschaftlichen Behandlung. Da muß denn aber freilich mit Entschiedenheit behauptet werden, daß hier das moderne Rechtsprincip maaßgebend ist, wie solches sich nach dem Zusammenstoß beider Rechte geschichtlich entwickelt hat.

In diesem Sinne sind die bekannten Controversen aus der Lehre von der Publiciana im Vorstehenden behandelt, d. h. sie sind nicht aus dem Buchstaben der Quellen des römischen Rechts, sondern aus dem Geist des modernen Rechts entschieden.

Schließlich mögen der bequemeren Übersicht wegen die aus der bisherigen Entwicklung für die in diesem Paragraphen besprochene Species der Klage sich ergebenden Lehrsätze zusammengestellt werden.

1) Die Klage setzt voraus: a) früheren Besitz, b) Titel, c) bona fides und zwar fortdauernde, in welcher Beziehung jedoch den Kläger keine Beweislast trifft, d) gegenwärtigen Besitz des Beklagten.

2) Der Kläger braucht nicht selbst besessen zu haben, wenn er sich auf den Besitz des Erblassers beziehen kann. Dann muß aber der Besitz des letzteren eine justa causa haben. Dasselbe gilt beim Fideicommiß der Erbschaft, beim Legat und bei der donatio mortis causa.

3) Haben der Erbe, Legatar u. s. f. selbst bereits besessen, so gilt Ererbung oder Vermächtniß als Titel, es müßte denn der Beklagte nachweisen können, daß der Erblasser fehlerhaft besessen. Beim Legat gilt letztere Einschränkung nicht.

4) Anderweite Ausnahmen von dem Erforderniß des früheren Besitzes giebt es nicht[3]). Fraglich steht die Sache nur in

---

3) Die L. 15 D. de Publ. enthält keine Ausnahme, s. Savigny, Besitz S. 356 Anm. 2. — Wegen der vom Mutterthier getrennten Jungen s. oben § 58 Anm. 6; und wegen der Pertinenzen unten § 71 Anm. 10.

Ansehung dessen, dem das Eigenthum einer Sache durch Urtel und Recht zugesprochen ist, wenn er, ohne selbst im Besitze gewesen zu sein, mit einer dinglichen Klage gegen einen Dritten auftritt. Es hängt dies mit der Streitfrage der Germanisten zusammen, ob es eine Gewere auf Grund eines Urtheils giebt[4]). Die Erörterung würde hier zu weit führen.

5) Der Klage stehen entgegen: a) die Einrede des Eigenthums, b) die Einrede des älteren titulirten Besitzes, c) die Einrede des älteren Besitzes und des Verlustes desselben wider Willen, d) die Einrede der Veräußerung, e) die Einrede der Verjährung.

6) Die beiden ersten Einreden können durch die Replik der Veräußerung beseitigt werden.

§ 67.

IV. Gegenstand der Klage.

Gegenstand der Klage in ihren verschiedenen Abarten kann jede Sache sein, die der Vindication unterliegt, namentlich besteht kein Unterschied zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen[1]). In dieser Beziehung hat jedoch die Meinung ungemein geschwankt, augenscheinlich im Anschluß an die germanische Auffassung, welche die beweglichen Sachen weniger achtete und das Eigenthum an ihnen nur dann schützte, wenn behauptet werden konnte, daß der Besitz durch eine äußere Begebenheit, also wider Willen verloren gegangen sei. Schon die Glosse zeigt den Zwiespalt der Ansichten; an einer Stelle schließt sie ganz allgemein die Klage bei beweglichen Sachen aus, et est ratio, quia rerum mobilium vilis et abjecta (sc. possessio)[2]), wäh-

4) Albrecht § 7; Homeyer S. 419, 423.

1) L. 1 § 1 D. de R. V. (6, 1) Specialis in rem actio locum habet in omnibus rebus mobilibus, tam animalibus, quam his, quae anima carent, et in his, quae solo continentur.

2) zu L. 15 D. de poss. (41, 2).

rend sie an mehreren anderen Stellen die Klage zuläßt[3]). Selbst dem römischen Recht, obwohl es im Allgemeinen wenig Unterschied zwischen Mobilien und Immobilien macht, war dennoch eine verschiedene Behandlung insofern nicht fremd, als es das interd. unde vi — sicherlich wenigstens das Pandektenrecht — und jene eigenthümliche Bevorzugung des abwesenden Besitzers nur bei unbeweglichen Sachen zuläßt. So konnte sich denn die den beweglichen Sachen ungünstige Meinung lange erhalten[4]). Indessen war doch die Frage eigentlich nur die, ob die Klage aus älterem Besitz zulässig sei, denn die Klage aus Verlust wider Willen war ja auch im germanischen Recht nicht ausgeschlossen. Im Laufe der Zeit siegte, namentlich in Deutschland die Meinung, welche die beweglichen Sachen den unbeweglichen völlig gleich stellt[5]). Auf dem hier gewonnenen Standpunkt ist entscheidend, daß einerseits die Bevorzugungen der unbeweglichen Sachen, welche das römische Recht hat, nur die Besitzklagen betreffen und keine Anwendung auf eine dingliche Klage finden können, sowie daß andererseits die Zurücksetzung der beweglichen Sachen im germanischen Recht für die eigentliche Vindication nicht gemeinrechtlich geworden und daß deshalb kein Grund vorhanden ist, sie für die dingliche Klage des deutschen Rechts anzunehmen.

Eine andere Beschränkung möchte man aus der Theorie der Publiciana abzuleiten geneigt sein. Dort wird der Satz aufgestellt, daß die Sache eine usucapionsfähige sein müsse[6]). Die von der Usucapion ausgeschlossenen Sachen zerfallen in drei Gruppen; die erste Gruppe umfaßt Sachen gewisser privilegirter

---

3) siehe oben § 27 nach Anm. 3; § 28 und 35.

4) Joh. Faber, Inst. zu § 4 I. de interd. (4, 15). — Alciat, de Praesumt. XXI lim. 3. — Menochi, de recup. poss. XV, 406. — Brunnemann zu L. 47 D. de poss. — Ziegler, c. 6 § 3.

5) Menochi, de Praesumt. VI pr. 64, No: 23, der hierbei sich selbst widerspricht, s. die vor. Anm. — Mascard, de Probat. c. 1202. No: 21 flg. — Carpzov, I, 6 def. 8. — Fleck, p. 95. — Bruns, S. 395.

6) L. 12 § 4 L. 9 § 5 und L. 11 § 4 D. de Public. (6, 2).

Eigenthümer, wie Sachen des Fiscus, des Regenten, der Städte, Kirchen u. s. f. Diese Einschränkung hat auf dem Gebiete der Publiciana nur eine sehr geringe Bedeutung, denn die Gewißheit des Eigenthümers schließt die Publiciana aus, mag der Eigenthümer ein privilegirter oder ein nicht privilegirter sein. Ist das Eigenthum auf Seiten des Klägers oder dessen Vorbesitzers gewiß, so steht ihm die Vindication zu Gebote, ist aber das Eigenthum auf Seiten des Beklagten oder dessen Vorbesitzers gewiß, so steht dem Kläger die Einrede des Eigenthums zur Seite[7]. Man muß sich also, um jener Einschränkung eine Bedeutung beilegen zu können, den Fall so denken, daß der Beklagte nachweist: ein Dritter, der weder Auctor des Klägers noch Auctor des Beklagten gewesen, sei wahrer und zwar privilegirter Eigenthümer. Schon erheblicher ist die Bedeutung der zweiten Gruppe, welche Sachen umfaßt, deren Veräußerung verboten ist; hier unterliegt derjenige, dessen Erwerb sich auf ein dem Verbot zuwiderlaufendes Geschäft gründet. Im höchsten Grade bemerkenswerth aber ist die dritte Gruppe, welche Sachen betrifft, die ohne Rücksicht auf die Persönlichkeit des Eigenthümers der Usucapion entzogen sind. Hierher gehören namentlich: gestohlene Sachen, geraubte Sachen, vom malae fidei possessor veräußerte Sachen. Freilich wird man zweifelhaft, ob selbst die Römer diesen Satz mit allen Consequenzen anerkannt haben, wenn man bedenkt, daß mehrfach eingeschärft wird, der dolus des Veräußerers schließe die Publiciana nicht aus[8]), während doch eine dolose Veräußerung in der Regel Usucapionsunfähigkeit der Sache zur Folge hat, bei beweglichen Sachen, weil, wer eine fremde Sache wissentlich verkauft, ein furtum begeht[9]) und bei unbeweglichen Sachen noch Nov. 119 c. 7. Man möchte

---

7) L. 31 § 2 i. f. D. de A. E. V. (19, 1) si alter ex nobis a domino emisset, is omnimodo tuendus est.

8) L. 7 § 11 und 14. — L. 13 § 2 D. de Public. (6, 2). — L. 4 § 27 D. de doli exc. (44, 4).

9) § 3 I. de usuc. (2, 6). — L. 1 C. de usuc. pro emt. (7, 26). — L. 2 C. de usuc. pro don. (7, 27).

um so eher geneigt sein, hier eine Abweichung der Theorie der Publiciana von der Theorie der Usucapion anzunehmen, als ja auch die Römer in anderer Beziehung eine solche nicht gescheut haben[10]). Indessen wird doch noch heute jene Regel in der größten Ausdehnung festgehalten und soviel steht jedenfalls fest, daß wenn ein Diebstahl oder Raub im engeren Sinne einmal an der Sache verübt worden, der spätere redliche Erwerber, so lange das Vitium nicht purgirt ist, sich der Publiciana nicht bedienen kann[11]).

Für das heutige Recht aber fällt die ganze Beschränkung weg. Usucapionsfähigkeit der Sache ist nicht Bedingung der dinglichen Klage. Wenn sie nämlich dem römischen Juristen eine nothwendige Consequenz der Fiction war, so ist jetzt, da die dingliche Klage des deutschen Rechts auf einer solchen nicht beruhet, durchaus kein Grund für eine so ganz unnatürliche und unpraktische Beschränkung vorhanden. Warum soll der redliche Erwerber einer Sache, wenn er sie verliert, vom Finder damit zurückgewiesen werden können, daß die Sache einmal einem Dritten gestohlen sei[12])? Kritz, Tigerström, Obrock und Sintenis sind mit ihrer Polemik gegen eine solche Satzung an sich in vollem Recht, aber sie konnten keinen Erfolg zu erreichen hoffen, so lange sie den Boden des römischen Rechts nicht zu verlassen wagten. Hier zeigt sich an einem praktischen Beispiel, weshalb wir uns nicht verführen lassen durften, die dingliche Klage des deutschen Rechts auf die Fiction der vollendeten außerordentlichen Ersitzung zu basiren. Denn bei gestohlenen und geraubten Sachen im Sinne des deutschen Kriminalrechts ist auch die außerordentliche Ersitzung für ausgeschlossen zu erachten[13]),

10) L. 12 § 2 und 3 D. de Public.

11) Arg. § 3 I. cit. Die Einschränkung auf den späteren Erwerber versteht sich wohl von selbst, denn sonst müßte man dem Bestohlenen selbst die Klage versagen.

12) Man vergl. L. 52 § 10 D. de furtis (47, 2): Sed et si rem furtivam imprudens quis emerit, et ei surrepta sit, habebit furti actionem.

13) Art. 209 der Carol. oben §. 38 Anm. 30.

folglich könnten dann auch diese Sachen der dinglichen Klage nicht unterworfen werden.

Aber nicht bloß körperliche Sachen, sondern auch Rechte können Gegenstand der Klage sein. Hierher gehören:

1) Die Servituten, schon das römische Recht läßt die Publiciana zu[14]), heute findet die dingliche Klage des deutschen Rechts statt[15]).

2) Emphyteusis und Superficies, welche derselben Beurtheilung unterliegen[16]).

3) Das Pfandrecht, jedoch gehört hierher nur das Faustpfand. Der Gläubiger hat nach römischer Auffassung den juristischen Besitz der Sache, nach moderner Auffassung wird man ihm zum Zweck der dinglichen Klage des deutschen Rechts auch den Besitz des Pfandrechts selbst zuschreiben können[17]). Die gewöhnliche Ansicht ist jedoch etwas anders. Da man nämlich die Klage als eine possessorische ansah und da der Faustpfandgläubiger die Interdicte hat, so gab man ihm die Klage um seines Sachbesitzes willen[18]). Diese Abweichung ist indessen nur eine theoretische. Mit der hier gegebenen Darstellung verträgt sich die gewöhnliche Ansicht nicht, weil der Gläubiger in Ansehung seines Sachbesitzes nicht den animus domini hat (§ 58 Anm. [1a]). Werden übrigens petitorische Einreden gemacht, so kann der Kläger eine petitorische Replik nur aus der Person des Verpfänders begründen. Die Sache liegt dann also ebenso, wie beim Pfandrecht ohne Besitz (§ 71 Anm. 21).

4) Das Lehnrecht[19]).

---

14) L. 11 § 1 D. de Public. (6, 2). Puchta, Vorles. § 192.

15) Menochi, de retin. poss. III, No: 70, de recup. poss. XV, 200. — Fleck, p. 101.

16) L. 12 § 2 und 3 D. de Public. Menochi, de retin. poss. III, 84.

17) Bruns, S. 479, 480.

18) Fleck, p. 101.

19) II Feud. 8 § 1. Vasallus habet hanc potestatem, ut tanquam dominus possit a quolibet possidente sibi quasi vindicare. cf. II F. 43. Menochi, de retin. poss. III, 81 flg. de recup. poss. XV, No: 200.

5) Andere Rechte, die einen dinglichen Karacter haben, wie die Jurisdiction[20]), bischöfliche Gewalt, Reallasten[21]), Zins- Zehnt- und Frohnrecht u. s. w. Die dingliche Klage geht ebenso weit, wie der Rechtsbesitz überhaupt[22]).

Hinsichtlich der unter 4 und 5 aufgeführten Rechte tritt aber eine aus dem öffentlichen Recht stammende Modification ein. Das canonische Recht bestimmt, daß in Bezug auf res ecclesiasticae ein Titel auch für die außerordentliche Ersitzung wenigstens der Regel nach nothwendig ist[23]). Im Anschluß hieran bildete sich der Satz aus, daß hinsichtlich dieser Sachen auch jede recuperatorische Klage auf einen Titel gegründet sein müsse, weil der Kläger das jus commune oder die Vermuthung gegen sich habe[24]). Nur consequent war es, daß man den Satz auch auf Sachen des Landesherrn[25]) und des Lehnsherrn[26]) anwandte, da der obige Grund hier auch zutrifft. Indessen darf man die Voraussetzungen und Einschränkungen des Dogma's nicht außer Acht lassen: 1) es wird ein Streit vorausgesetzt zwischen einem Laien, Privatmann beziehungsweise Vasallen einerseits und der Kirche, dem Landesherrn oder Lehnsherrn andererseits[27]); 2) die Sache muß eine solche

20) c. 9 X de prob. enthält solchen Fall.

21) Hert, II, 713.

22) Menochi, de recup. poss. XV, No: 200.

23) c. 1 in VI. de praescr. (2, 13). Göschen, Vorles. § 267. — Vergl. auch Mascard, de Probat. c. 1220, 6 und Hofacker, Princ. § 977.

24) C. 2 in VI. de Rest. Spol. (2, 5) und Gl. zu c. 1 cit. im casus: quod sive agat sive excipiat, si habeat jus commune contra se, debet probare titulum. — Menochi, de recup. poss. XV, No: 458 flg. und de retin. poss. III, No: 588 flg. — Mascard, de Probat. c. 1197, No: 45; c. 1371, No: 67 und c. 1386, No: 10. — Mevius I. dec. 44, No: 5; IV dec. 357. V. dec. 177, No: 1: existunt plures species, in quibus requiritur etiam titulus, quia sine eo teneri nequeunt. — Seuffert, Pand. § 425, No: 5.

25) Mevius, I dec. 44, No: 5. Holzschuher II S. 31, No: 4.

26) Ders. V dec. 178. Doch wurde darüber gestritten, Menochi, de recup. poss. I, No: 99.

27) Unter Umständen kann jedoch der Fall auch vorkommen bei Streitigkeiten zwischen zwei Kirchen u. s. f. c. 2 de Rest. Spol. in VI. (2, 5).

sein, die ihrer Natur nach Kirchen- Staats- oder Lehnssache ist; bei körperlichen Sachen wird dies selten zutreffen, als Beispiele unkörperlicher Sachen führt man an: kirchliche Zehnten, bischöfliche Rechte, Jurisdiction; außerdem begnügt man sich 3) mit einem s. g. titulus coloratus[28]) und läßt 4) die ganze Regel fallen, falls sehr alter Besitz vorliegt, oder die Sache sehr unbedeutend ist[29]).

§ 68.

V. Verhältniß der verschiedenen dinglichen Klagen zu einander.

Zum Schutze des Eigenthums dienen: 1) die Klage aus einfachem älteren Besitze, 2) die Klage aus Verlust des Besitzes wider Willen, 3) die Klage aus titulirtem älteren Besitze (Publiciana), 4) die eigentliche Eigenthumsklage (Vindication). Welcher Klage sich der Kläger bedienen will, hängt von seiner freien Wahl ab, er kann aber auch einzelne derselben oder sämmtliche mit einander kumuliren, denn sie haben alle denselben Zweck, ja es kann vorkommen, daß diese Kumulation nicht schon in der Klage, sondern erst in einem späteren Stadium des Prozesses eintritt — successive Kumulation; diese ist jedoch nur so möglich, daß von einer einfacheren Gattung zu einer höheren fortgeschritten wird, nicht umgekehrt. Es ist daher ein Übergang denkbar aus der Klage, die sich auf älteren Besitz gründet, in die Klage aus titulirtem Besitz, nicht aber umgekehrt u. s. f. So kann eine Klage aus einfachem älteren Besitz sich durch Einrede, Replik und Duplik bis zur wahren Eigenthumsklage steigern. Übrigens kann jede Kumulation, auch die successive, eine alternative sein, so daß dem erkennenden Richter vollkommen freie Hand bleibt.

Die Zulässigkeit dieser Kumulation der dinglichen Klagen ist der wahre und beizubehaltende Kern der im § 31 geschilderten Lehre der Kumulation des Petitoriums mit dem Possessorium. In Bezug auf Vindication und Publiciana hat man die Statt-

---

28) Menochi, l. c. XV, 463 und III, 594.
29) Menochi, XV, 461 und 470. III, 593.

haftigkeit der Kumulation früher zuweilen bezweifelt, dieser Zweifel ist jedoch ein rein theoretischer gewesen, der einen ganz äußerlichen Grund in den Worten der L. 1 § 1 D. de Publ. (6, 2) — nondum usucaptum — hat und jetzt ganz geschwunden ist[1]).

In Ansehung der Geltung des Urtheils unter den Parteien kommen die allgemeinen Grundsätze zur Anwendung. Wenn also der Kläger mit der Vindication abgewiesen ist, so kann er dennoch später mit einer der drei anderen Klagen auftreten[2]), denn wenn auch alle diese dinglichen Klagen zum Schutz des Eigenthums dienen, so ist doch der rechtliche Klagegrund in jeder Klage ein anderer, auch ist ja der besser berechtigte Nichteigenthümer ebenfalls zur Klage befugt. Ist aber der Beklagte verurtheilt, so kommt es auf die Elemente des Urtheils an[3]). Ist das Eigenthum des Klägers anerkannt, so kann der Beklagte den Schutz seines angeblichen Eigenthums in keiner Form ferner beanspruchen[4]). Ist nur ausgesprochen, daß der ältere titulirte Besitz auf Seiten des Klägers ist (Publiciana), so kann der Beklagte, sofern er nicht etwa die exceptio dominii vergeblich vorgeschützt hat[5]), später, nachdem er dem Urtheil genügt hat, die Vindication anstellen, ohne befürchten zu müssen, daß dem früheren Kläger die exceptio rei judicatae zur Seite steht[6]). Ist endlich gar nur ausgesprochen, daß der Beklagte dem Kläger die

1) Sintenis, prakt. Civilr. § 53 Anm. 16. Ein lehrreicher Fall in Betreff der Räthlichkeit der Kumulation ist bei Wernher, IX obs. 23. S. auch oben § 3. Anm. 11 flg.

2) L. 39 § 1 D. de eviction. (21, 2). Bartolus zu L. 14 § 2 D. de exc. rei jud. (44, 2), No: 13. — Durantis, Spec. jur. II de act. seu petit. § 2, No: 23. — Glück, VIII S. 376. — cf. L. 66 pr. D. de evict. (21, 2) und Glück, XX S. 272.

3) Savigny, System VI, 358.

4) L. 40 § 2 D. de Procur. (3, 3). — L. 15 D. de exc rei jud. (44, 2). — L. 30 § 1 D. eod.

5) Savigny, Syst. VI S. 426—428. — Seuffert, Archiv, V No: 236.

6) Ein analoger Fall bei Puchta, Vorles. § 192 a. E. Vergl. auch Puchta, Instit. § 233.

Sache um des älteren Besitzes des letzteren willen herausgeben soll, so steht einer Vindication oder einer Klage aus titulirtem Besitze Seitens des bisherigen Beklagten nichts im Wege, falls er nicht etwa die Einrede des Titels oder des Eigenthums im vorigen Prozeß bereits vorgeschützt hatte, ohne mit derselben durchzukommen. Der Grundsatz ist also der: was als Rechtsgrund einer Einrede, Replik oder Duplik hätte dienen können, darf, sofern es überhaupt Klagegrund sein kann, später selbständig geltend gemacht werden. Hieraus ergiebt sich auch die bevorzugte Stellung der Klage aus Verlust wider Willen. Ist der Kläger mit dieser durchgedrungen, so kann der Beklagte unter den obigen Voraussetzungen nur noch mit der eigentlichen Vindication auftreten, denn die Einrede des Titels findet nicht statt.

Vorstehende Sätze ergeben sich theils aus den Bestimmungen des römischen Rechts über das Verhältniß der Publiciana zur Vindication, theils aus dem Grundsatz, daß nach Erledigung des Possessorium ordinarium das Petitorium vorbehalten bleibt, es sei denn ein Possessorium, quod annexam causam proprietatis habet, theils endlich aus den für den Fall der Kumulation des Possessorium und Petitorium angenommenen Lehrsätzen.

Zweiter Abschnitt.

Anderweite dogmatische Ergebnisse des geschichtlichen Theiles.

§ 69.

I. Betreffend die Besitzklagen.

Die dingliche Klage des deutschen Rechts und das derselben zu Grunde liegende Princip berührt, wie jedes Rechtsinstitut, verwandte und benachbarte Gebiete mehr oder minder. Eine

Wiederbelebung dieses scheintodten Rechtskörpers hat einen um so größeren Einfluß auf jene Gebiete, da die Klage nicht als dingliche erkannt, sondern für eine Besitzklage gehalten wurde. Grundsätze, die nur der dinglichen Klage gelten, wurden in Folge dessen für solche gehalten, die auf die Besitzklagen anzuwenden seien und Grundsätze, denen die Besitzklagen unterworfen waren, übertrug man auf die dingliche Klage. So wurden beide Gebiete durch ihre Berührung verdorben. Es kommt nun darauf an, den Wechselbalg hier wie dort zu erkennen und zu entfernen. In Bezug auf die Besitzklagen muß also genau untersucht werden, welche der angeblichen Neuerungen aus diesem Gebiet auszuscheiden sind, weil sie der dinglichen Klage angehören. Das gesammte Material zu dieser Untersuchung gewährt der geschichtliche Theil und es kommt nur darauf an, die Ergebnisse festzustellen.

1) Der Vorzug des älteren Besitzes und alles, was damit zusammenhängt, ist petitorischer Natur und scheidet aus der Besitzlehre gänzlich aus. Dies lehren auch unsere heutigen Romanisten; aber sie verkennen dabei gänzlich die wahre Bedeutung des c. 9 X de Probat. (2, 19). Sie nehmen an, daß diese Stelle das Interdict betreffe, und schränken nun ihre Bedeutung durch eine künstliche und ungeschichtliche Interpretation auf ein unschuldiges Minimum ein. Der richtige Gesichtspunkt ist der, daß das c. licet causam der dinglichen Klage zu überweisen ist, wo es eine sehr große Bedeutung hat, daß es dagegen mit dem Interdict gar nichts zu schaffen hat (§ 21).

2) Allgemein wird angenommen, daß das interdictum de vi zufolge der c. 18 X de Rest. spol. (2, 13) auch gegen den dritten Besitzer gehe, wenn dieser von der dem früheren Besitzer angethanen Gewalt weiß. Auch diese angebliche Neuerung ist zurückzuweisen. Das c. Saepe gehört ebenfalls der dinglichen Klage an, hat aber auch dort nur noch historische Bedeutung (§ 24).

3) Man nimmt an, daß derjenige, gegen den das jus commune in Ansehung des Besitzes gewisser Sachen oder Rechte

spricht, eine Besitzklage nur auf Grund titulirten Besitzes anstellen könne. Dies soll auf c. 2 de restit. spol. in VI (2, 5) beruhen[1]). Auch diese Vorschrift ist jedoch auf die dingliche Klage zu beschränken, wie sich aus dem im § 67 Anm. 23 dargelegten geschichtlichen Zusammenhang ergiebt. Man möchte ein Bedenken daraus hernehmen wollen, daß die dort beschriebene Klage gegen den Dejicienten selbst gerichtet ist und somit sich als Besitzklage darstelle. Allein einmal ist ja die Anstellung der dinglichen Klage gegen den Dejicienten nicht ausgeschlossen, sodann aber ist zu bedenken, daß die ältere Lehre in jeder Verhinderung der Ausübung des Rechts Seitens des Klägers, ja sogar in dem bloßen Widerspruch gegen die Klage ein Spolium erblickte und somit den dritten Besitzer sehr häufig Spoliator nannte.

§ 70.

II. Betreffend die Kumulation des Possessoriums mit dem Petitorium.

Diese Kumulation ist, wie im § 31 dargelegt worden, das Erzeugniß einer Zeit, welche, ganz befangen in der germanischen Gewere, kein Verständniß für die römische Besitzlehre hatte und die dingliche Klage des deutschen Rechts für identisch mit den Besitzklagen des römischen Rechts hielt. Indem man den Gedanken der Kumulation aussprach, meinte man damit die Verbindung der dinglichen Klage des deutschen Rechts mit der dinglichen Klage des römischen Rechts. Als allmälig die reinen Besitzklagen aus der verwirrten Masse sich loslösten, nahm die Praxis die Kumulation mit in dieses Gebiet herüber, theils getäuscht durch den Ausdruck: Possessorium, theils weil die Trennung der Besitzklagen von der dinglichen Klage nicht durchgreifend vollzogen wurde. Dies ist ein Irrthum, dem wir jetzt zu entsagen haben. Nur eine dingliche Klage kann mit einer dinglichen Klage kumulirt werden, die Besitzklagen sind selbständig

---

1) Savigny, Besitz S. 615. — Seuffert, Pand. § 425, No: 5.

zu verhandeln, denn nihil commune habet proprietas cum possessione.

Daß das römische Recht die Kumulation verbiete, ist früher wohl niemals bezweifelt worden[1]). Neuerdings hat man behauptet, daß das römische Recht, wenngleich es die Kumulation nicht kenne, sie doch keineswegs verbiete, wenigstens nicht in Ansehung des interdictum unde vi[2]). Dem kann nicht beigepflichtet werden. Die Quellen untersagen die Kumulation und zwar 1) im Allgemeinen:

L. 13 C. de R. V. (3, 32) Ordinarii juris est, ut prius de possessione judicetur, ac tunc demum proprietatis causa decidatur.

L. 3 C. de interd. (8, 1) Incerti juris non est, orta proprietatis et possessionis lite, prius possessionis decidi oportere quaestionem. cf. L. 14 C. de agric. (11, 47, [48]).

2) in Bezug auf das Int. uti poss. L. 35 D. de poss. (41, 2) prius pronuntiet judex, uter possideat et tunc de dominio quaeratur.

3) in Bezug auf das Int. Unde vi. L. 37 D. de jud. (5, 1) Si de vi et possessione quaeratur, prius cognoscendum de vi quam de proprietate rei. cf. L. 1 C. de appell. (7, 62).

Diese Stellen lauten insgesammt so allgemein, daß man die Voraussetzung, als handle es sich bloß um die Verwerfung petitorischer Widerklagen oder Einreden, nicht hineinlegen kann. Vielmehr liegt ein wirkliches Verbot auch in Ansehung der Befugniß des Klägers zur Kumulation vor, an welches wir uns zu halten haben, da die Bestimmungen des canonischen Rechts nur auf die Verbindung der dinglichen Klagen des deutschen und römischen Rechts zu beziehen sind. In letzterer Beziehung möchte noch das Bedenken aufgestellt werden, daß wenn auch das Mo-

1) Selbst die Glosse stützt sich im Wesentlichen auf das canonische Recht. Im Übrigen vergl. Voet zu Lib. II. tit. 13, No: 14 und Böhmer, J. E. P. II, 12 § 1.

2) Bayer, summ. Proz. § 76 und Schmidt, Handbuch des Proz. § 196, No: 8.

tiv der Päbste ein irriges gewesen, doch ihre Entscheidung nicht wegzuleugnen sei. Darauf ist Folgendes zu erwiedern. Keine einzige der hierher gehörigen Stellen behandelt eine eigentliche Besitzklage im Sinne des römischen Rechts, wenigstens ist dies nicht zu beweisen. Die cap. 2, 6 X de causa poss. (2, 12) sprechen ganz allgemein von einem Possessorium und lassen ganz unentschieden, welcher Art dies gewesen. Das c. 3 eod. kassirt eine Wahl, weil Geistliche, die früher mitgewählt haben, nicht zugezogen sind, spricht ihnen aber auch zugleich das Mitwahlrecht ab. Im c. 4 wird ausdrücklich mitgetheilt, daß ein Dritter spoliirt hat. C. 5 sagt allerdings: suum trahit spoliatorem in causam, allein grade diese Stelle handelt, recht verstanden, gar nicht von der Kumulation, sondern vom Übergang aus dem Petitorium in das Possessorium, welchen auch das römische Recht kennt[3]). Das c. 36 X de test. (2, 20) endlich setzt zwar eine Spoliation voraus, sagt aber nicht, daß diese vom Beklagten selbst bewirkt wäre. Sollte aber auch wirklich hier oder dort der Beklagte spoliator genannt sein, so folgt daraus, wie schon mehrfach hervorgehoben, gar nichts, weil der Begriff der Spoliation im canonischen Recht ein so unendlich weiter ist; daß er das Gebiet der Besitzklage weit überschreitet und oft lediglich auf eine Fiction hinausläuft.

Daß die Beseitigung der Kumulation eine große Wohlthat ist, wird niemand in Abrede stellen wollen. Siegt nämlich eine Partei in Betreff beider Punkte, so sind Mühe und Kosten für den Besitzstreit vergeblich aufgewendet und letztere können sehr bedeutend sein. Wird das Petitorium nach c. 2 und 36 cit. ausgesetzt und nur über das Possessorium erkannt, so gilt dasselbe in umgekehrter Weise. Siegt die eine Partei in Ansehung des Rechtsstandes, die andere in Ansehung des Besitzstandes, so wird in der Regel ein unlösbarer Conflict eintreten. Wir haben hierüber zwei merkwürdige päbstliche Aussprüche. Einmal heißt

3) L. 18 § 1 D. de vi (43, 16) und L. 12 § 1 D. de poss. (41, 2). Bayer, summ. Proz. § 75. A. M. ist Schmidt, Proz. § 196, No: 7.

es: in pronuntiatione sit possessio praemittenda, in executione tamen debet proprietas praevalere. (c. 6 cit.) Was das heißen soll, ist schwer zu ergründen. Noch wunderbarer ist das c. 3 das., welches das Mitwahlrecht abspricht, aber die Wahl vernichtet, weil die clerici wenigstens im Besitze des Mitwahlrechts gewesen seien. Nicht mit Unrecht sagt Donellus (zu L. 3 C. de interd.) Sententia mirifica, ut judex jubeat, reum possessionem restituere actori, qui possessor est, et simul eodem momento eademque sententia jubeat eum ipsum actorem restituere possessionem reo, qui dominus est et superior in jure proprietatis. Quae sententia non tam est iniqua et absurda, quam ridicula et derisoria. Est enim festivus judex, qui dicit, se actori possessionem tribuere, quam non tribuit. Die Praxis griff die Worte der Gl. praevalere zu c. 6: semper proprietas trahit ad se possessionem ut sequatur dominium auf und bildete das Dogma aus: petitorium absorbet possessorium, welches wieder dazu führt, daß Mühe und Kosten für den Besitzstreit verschwendet sind. Denn auf die Entscheidung in der Sache selbst hat der Sieg in Ansehung des Besitzstandes gar keinen Einfluß, nur etwa der Kostenpunkt kann dadurch berührt werden[4]).

Es ist daher nicht zu verwundern, daß die namhaftesten Rechtslehrer, wie namentlich Giphanius und J. H. Böhmer[5]) sich in starken Ausdrücken gegen die Kumulation erklärt haben, daß die Gerichtsacten täglich den Beweis der Unzweckmäßigkeit der Verbindung liefern[6]), und daß die preußische Prozeßordnung, der code de procédure und andere neuere Gesetzgebungen die Kumulation gänzlich beseitigt haben[7]). Die Tren-

4) Mascard, de Probat. c. 1200, No: 15. — Mevius, VI dec. 100. — Gesterding, Ausbeute I S. 147 flg.

5) Giph., Proleg. ad libr. 8 C. in Explanat. leg. Cod. zu L. 3. S. 271. — Böhm., J. E. P. II, 12 und Exercit. 90, 1 § 10. Vergl. auch Gesterding, l. c.

6) Vergl. die Fälle in Seuffert's Archiv, III, 227 und in Striethorst's Archiv, VII S. 201.

7) Code, Art. 25. — P. O. V § 27 und XXXI § 4 und 17. Vergl.

nung der Besitzfrage von der Rechtsfrage ist ein Erbstück des römischen Geistes, welches wir uns nicht schmälern lassen dürfen.

§ 71.

III. Betreffend den Beweis des Eigenthums außer dem Falle der dinglichen Klage.

Es giebt eine Reihe von Fällen, in welchen es auf den Beweis des Eigenthums ankommt, ohne daß die dingliche Klage in ihrer ersten allgemeinen Gestalt vorläge. Schon die Römer fingen an, sich auch mit der bonae fidei possessio, d. h. mit dem titulirten Besitz zu begnügen. Zwar ist dies nicht für alle Fälle ausdrücklich gesagt, indeß haben wir einestheils den allgemeinen Grundsatz ziemlich bestimmt in den Quellen ausgesprochen[1]), anderentheils aber so viele spezielle Anwendungen, daß man das Fehlende mit Recht aus dem Geiste des römischen Rechts ergänzt hat[2]). Heute müssen wir noch einen Schritt weiter gehen und auch von dem Nachweis des Titels absehen. Es genügt juristischer Besitz der Sache cum animo domini. Die hierher gehörigen Rechtsverhältnisse zerfallen in zwei Gruppen.

I. Klagen des Eigenthümers gegen Dritte.

1) Confessoria actio. Eigenthum des herrschenden Grundstücks ist Klagebedingung[3]). Die Romanisten begnügen sich mit dem Nachweis der conditio usucapiendi[4]), die Praxis seit den Zeiten der Glosse[5]) mit dem einfachen Besitz[6]).

oben § 41 nach Anm. 3. — Hannov. P. O. v. 1850 § 505. — Proz. G. B. für den Kirchenstaat von 1834 Art. 530—536. — Bad. P. O. § 757. — Österr. Ver. v. 27. Oct. 1849 über das Verf. in bes. stör. Streit.

1) L. 136 de R. J. Bona fides tantundem possidenti praestat, quantum veritas, quoties lex impedimento non est.

2) Ihering, Abhandlungen aus dem röm. Recht. 1844. No: II.

3) L. 2 § 1 L. 6 § 3 D. Si Serv. (8, 5).

4) Ihering, S. 107. — Puchta, Pand. § 191.

5) Gl. Possessoris zu L. 8 § 3 D. Si Serv. Prodest ad multa haberi pro possessore . . . si quaeratur, an sit dominus ejus rei, cui dicit deberi servitutem, non tenebitur probare.

6) Menochi, de Praes. VI pr. 63, No: 3 und 15. — Mascard, de

2) Actio negatoria. Auch hier gehört Eigenthum zu den Erfordernissen der Klage[7]), auch hier lassen die Romanisten den Nachweis der conditio usucapiendi[8]), die Praxis aber den einfachen Besitz zu[9]).

3) Dasselbe Princip muß gelten bei einer Vindication von Theilen einer Sache und von Pertinenzen, insofern es auf den Beweis des Eigenthums der Hauptsache ankommt[10]).

4) Actio communi dividundo, familiae erciscundae und finium regundorum[11]).

5) Legis Aquiliae actio[12]).

6) Condictio furtiva[13]).

7) Das Recht, cautio damni infecti zu verlangen[14]).

8) Operis novi nuntiatio[15]).

9) kann man hierher noch die actio hypothecaria zählen, insoweit es auf den Beweis des Eigenthums des Schuldners zur Zeit der Verpfändung ankommt[16]).

II. Klagen Dritter gegen den Eigenthümer.

Hierher gehören die actiones quod jussu, de peculio, tributoria, exercitoria und die Noralklagen, welche an sich Eigenthum in der Person des Beklagten voraussetzen, und die cautio

---

Prob. c. 540, No: 8. — Berger, Oecon. jur. II, 3. th. 22, No: 6. — Seuffert, Archiv II, No: 12.

7) L. 2 pr. D. Si Serv. und L. 5 pr. D. de usufr. (7, 6).

8) Ihering, S. 107. Puchta, Pand. § 173.

9) Wernher, Observ. IV, 223. — Strube, Bed. IV, 105. — Erk. des Ob. Trib. zu Berlin, Entscheid. XVII, S. 110.

10) Mevius, I dec. 186.

11) L. 7 § 2 D. com. div. (10, 3). — L. 10 D. fam. ercisc. (10, 2).

12) L. 2 pr. L. 27 § 5 L. 11 § 6 D. ad leg. aquil. (9, 2) vergl. mit L. 11 § 8 L. 17 pr. eod.

13) Vergl. oben § 38 Anm. 21, Böhmer, de Act. II, 5 § 36, q und Göschen II, 2 S. 552.

14) L. 18 pr. D. de d. inf. (39, 2). Über L. 13 § 9 und L. 11 vergl. Ihering, S. 104.

15) Ihering, S. 108.

16) Oben § 35.

damni infecti, insofern der Eigenthümer nur zur repromissio verpflichtet ist[17]).

In allen diesen Fällen nun drücken sich die Römer und die heutigen Romanisten so aus: die Klage stehe nicht bloß dem Eigenthümer, sondern auch dem bonae fidei possessor zu, oder die Klage gehe nicht bloß gegen den Eigenthümer, sondern auch gegen den bonae fidei possessor, womit sich dann die Vorstellung verbindet, daß neben dem bonae fidei possessor immer ein anderer wahrer Eigenthümer vorhanden sei. Diese ganze Auffassung ist schief, es handelt sich lediglich um eine Beweisfrage, nur der Eigenthümer hat die Klage, nur gegen den Eigenthümer geht die Klage, aber der Nachweis des Besitzes vertritt den Nachweis des Eigenthums. Dies haben die Italiener richtig erkannt, sie stellen daher die Regel auf: sobald das Eigenthum nicht principaliter, sondern nur incidenter deducirt werde, werde Eigenthum aus dem Besitze präsumirt[18]), welche Regel auch in der deutschen Praxis anerkannt ist[19]), obwohl sie häufig unrichtig so gefaßt wird, man begnüge sich, da es sich bloß um den Legitimationspunkt handle, mit einer Bescheinigung.

Die Auffassung der Sache aus dem Gesichtspunkt einer Beweisfrage hat eine sehr wichtige praktische Folge: dem Gegner steht nämlich das Recht des Gegenbeweises dahin zu, daß der andere Theil, obschon Besitzer, doch nicht der wahre Eigenthümer sei[20]).

---

17) Ihering, S. 98 flg.

18) Bartolus zu L. 27 D. de condit. instit. (28, 7). — Ripa zu L. 15 D. de poss., No: 52. — Mascard, de Prob. c. 540, No: 8. — Menochi, de Praesumt. VI, 63, No: 3, 13 und 15 flg. — A. Faber, in Cod. III, 22 def. 18 i. f. IV, 14 def. 3, No: 10.

19) Mevius, I dec. 186, 3. — Frider. Mind. Comm de mat. poss. c. 9, No: 21. — Wernher, IV obs. 223. — Böhmer, de Action. II, 5 § 36, q.

20) Mascard, l. c., N. 14. Menochi, l. c., No: 18. Dies ist der im § 57 nach Anm. 9 vorbehaltene Fall der Präsumtion des Eigenthums aus dem Besitze. Es sind dies zugleich dieselben Fälle, in welchen die Römer von der fictio Publiciana keinen Gebrauch machen. Ihering, S. 109.

Als der normale Fall ist also stets der anzusehen, daß der Besitzer der wahre Eigenthümer ist, nun kann sich dies aber ausnahmsweise in Wirklichkeit anders verhalten und dann entstehen Collisionen, welche einer Lösung bedürfen, wie solche bei der Publiciana durch die exceptio dominii gegeben ist. Hier ist besonders die actio hypothecaria hervorzuheben, die Lösung liegt darin[21]), daß dem Besitzer alle Einreden zu Gebote stehen, welche er gegen den Schuldner hätte vorbringen können, falls dieser die dingliche Klage angestellt hätte, natürlich nur in Ansehung dieser Frage und mit Ausnahme des Falles, da der Beklagte die Sache nach der Verpfändung vom Schuldner erworben hat. Es wäre also unrichtig, die Sache so aufzufassen, wie Jhering es zu thun scheint[22]), daß dem bonae fidei possessor an sich die Befugniß ertheilt sei, die Sache zu verpfänden. Collisionen anderer Art können namentlich bei Strafklagen vorkommen[23]). Jhering hat ein allgemeines Princip zur Lösung aufzustellen versucht, dessen Werth ihm selbst problematisch erscheint. Das Richtige konnte er schwerlich treffen, da er die bonae fidei possessio als dingliches Recht, nicht aber als Zustand auffaßt und den prozessualischen Karacter der ganzen Frage verkennt. Ob ein allgemeingültiger Grundsatz sich überhaupt aufstellen läßt, steht dahin, jedenfalls ist jeder einzelne Fall zunächst für sich zu betrachten und somit der speziellen Lehre zu überweisen, in welcher die Collision zur Sprache kommt. Im Ganzen genommen sind die betreffenden Erörterungen mehr eine Beschäftigung für den Fleiß und den Scharfsinn der Gelehrten, wie beides Jhering in hohem Grade bewährt hat, als daß sie von einem starken Bedürfniß der Praxis getragen würden.

---

21) L. 18; 21 § 1 D. de pign. (20, 1).

22) S. 104, 143. s. dagegen Puchta, Pand. und Vorles. § 197.

23) L. 74 D. de furtis (47, 2). — L. 38 D. ad leg. aquil. (9, 2). — L. 17 pr. D. eod. Vergl. außer Jhering auch: Mommsen, Beiträge z. Obl. R. II § 22 (1855) und Windscheid, Heidelb. krit. Zeitschrift II S. 560, welcher letztere richtig bemerkt, der bon. fid. poss. sei aufzufassen als jemand, der nur sein Eigenthum noch nicht bewiesen hat.

Verwandte Litteratur:

Prof. Wilhelm Deurer in Gießen: V Über den Schutz der relativen Rechte nach römischen Grundsätzen i. d. Jahrb. f. d. Dogmatik des heut. r. u. d. deutsch. Privatr. v. Gerber u. Ihering I Bd. Jena 1857 S. 221 (Mauke)

Druckfehler.

S. 72	Z. 17	v. u.	statt	unerstorben lies anerstorben
„ 77	„ 4	v. o.	„	Unendlichkeit l. Unredlichkeit
„ 107	„ 5	v. o.	„	§ 6 l. § 7
„ 133	„ 7	v. u.	„	Besi l. Besitz
„ 175	„ 4	v. u.	„	L. D. l. T. D.



